This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 924 822

Bd. Nov. 1939

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received NOV 22 1937

DAS SCHWEBENDE ERBRECHT

UND DIE

UNMITTELBARKEIT DER ERBFOLGE.

NACH RÖMISCHEM UND ÖSTERREICHISCHEM RECHT.

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER PENDENZ LER RECHTE.

VON

Dr. PAUL STEINLECHNER,

PROFESSOR DER RECHTE AN DER INNSBRUCKER UNIVERSITÄT.

II. THEIL.

INNSBRUCK.

VERLAG DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.

1897.

DAS

SCHWEBENDE ERBRECHT

UND DIE

UNMITTELBARKEIT DER ERBFOLGE.

NACH RÖMISCHEM UND ÖSTERREICHISCHEM RECHT.

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER PENDENZ DER RECHTE.

VON

Dr. PAUL STEINLECHNER,

PROFESSOR DER RECHTE AN DER INNSBRUCKER UNIVERSITÄT.

II. THEIL.

INNSBRUCK.

VERLAG DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.

1897.

For Tx
S

NOV 22 1937
11/22/37

DRUCK DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Vorbemerkung VII

V. Abschnitt Rechtlicher Zustand der Erbschaft vor und nach dem Antritte des Erben.

I. Capitel. Rechtlicher Zustand der Erbschaft vor dem Antritte des Erben.

§ 42. Im Allgemeinen 1

§ 43. I. Zustand rechtlicher Bedingtheit aller Verhältnisse während der hereditas jacens . . . 20

a) In Betreff der rechtlichen Existenz der Erbschaft als solcher 22

b) In Betreff der Wirksamkeit der vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse 25

c) In Betreff der Wirksamkeit der vom Erblasser bei Lebzeiten an Sachen des Erben getroffenen Verfügungen. 30

d) In Betreff des Bestandes der während der hereditas jacens begründeten Rechtsverhältnisse 34

§ 44. II. Unverwendbarkeit des Rückwirkungsprinzips für die Beurtheilung der in die Zeit der hereditas jacens fallenden rechtlichen Vorgänge . . . 42

a) Rechtsgeschäfte, welche während der hereditas jacens unmittelbar auf den künftigen Erben abgeschlossen werden 51

b) Erwerb der Erbschaft oder eines Erbschaftsstückes mittels des Erbschaftssklaven . . 53

c) Rechtliche Vorgänge während der hereditas jacens, an welchen der Delat als solcher betheiligt ist 59

d) Subjective Ungewissheit oder objective Wahrheit als Massstab der Regelung des Pendenzverhältnisses 61

Seite

§ 45. e) Massstab für den Umfang der Rechtsfähigkeit der hereditas jacens 63
§ 46. III. Zur Frage, ob die hereditas jacens zu den juristischen Personen zu zählen sei . . . 86
§ 47. IV. Ueber die Dauer der hereditas jacens . . 115

II. Capitel. Rechtlicher Zustand der Erbschaft nach dem Antritte des Erben.

§ 48. Vorbemerkung 131
§ 49. I. Von welchem Zeitpunkte ist das Eigenthum des Erben an den Nachlasssachen zu datieren?
a) In Betreff der Substanz der Sachen . . . 137
§ 50. b) In Betreff der Accessionen 160
1. In Betreff der Früchte 162
§ 51. Fortsetzung. (Oesterreichisches Recht) . 186
§ 52. 2. In Betreff anderen Erwerbes 195
§ 53. 3. In Betreff der Schadensersatzansprüche . 205
§ 54. II. Hat der Erbschaftsantritt einen alterierenden Einfluss auf rechtliche Vorgänge aus der Zeit der hereditas jacens?
Im Allgemeinen 211
§ 55. I. An einem rechtlichen Vorgange während der hereditas jacens war der Delat selbst betheiligt
a) Der Delat hat vor seinem Antritte über ein zur Verlassenschaft gehöriges Vermögensstück eine rechtliche Verfügung getroffen 224
b) Der Delat hat vor seinem Antritte über ein zwischen ihm und der Verlassenschaft bestehendes Rechtsverhältnis eine Verfügung getroffen . 229
c) Andere Fälle einer rechtlichen Beziehung des Delaten zur Erbschaft im Verhältnis zum späteren Erbschaftsantritte 234
§ 56. II. Die Rechts- und Erwerbsfähigkeit des Erbschaftsdelaten ist von der des Erblassers verschieden 248
§ 57. Fortsetzung 260
§ 58. Fortsetzung 272

Anhang. Pendenzverhältnisse, welche zum schwebenden Erbrecht in einer gewissen Beziehung stehen.

§ 59. Vorbemerkung 284
§ 60. I. Rechtsverhältnis des captivus 286
§ 61. Fortsetzung 305
§ 62. II. Rechtsverhältnis des Verschollenen . . 324
§ 63. III. Rechtsverhältnis des nasciturus . . . 330

Seite

§ 64. Fortsetzung 339
§ 65. IV. Rechtsverhältnis des filius familias miles . 348
§ 66. Fortsetzung 359

Berichtigungen.

S. 40 A. 3 Z. 7: statt „(523)“ l. „(559)“.
S. 100 A. 3 Z. 3: st. „römssche“ l. „römische“.
S. 102 A. 1 Z. 9: zu „(1879)“ zu setzen: „bes. S. 290 fg.“
S. 115 nach § 47 zu setzen: IV.
S. 191 A. 8 Z. 7: statt „(Sch. S. 41)“ l. „(Sch. S. 48)“.
S. 206 A. 2 Z. 6: st. „Grueber . . S. 5“ l. S. 48 fg.
S. 250 Z. 12: st. „Aagenblick“ l. Augenblick.
S. 286 nach § 60 zu setzen: I.
S. 302 A. 6 Z. 3 st. „Heimoth“ l. Heimath.

Vorbemerkung.

Dieser Band setzt sich die Durchführung der im ersten Theile entwickelten Prinzipien nach den einzelnen die Erbschaft und die Erbfolge betreffenden Fragen zur Aufgabe. Hierbei war es aber auch, wie sich bald zeigen wird, auf die Klärung des Pendenzbegriffes überhaupt abgesehen, insbesondere nach Seiten des Unterschiedes, ob das Rechtsverhältnis der Schwebezeit eine bestimmte provisorische Regelung aufweist oder nicht.

Die Verzögerung des Erscheinens dieses zweiten Theiles wurde durch verschiedene Umstände, namentlich aber durch ein schweres Augenleiden des Verfassers verursacht. Aus letzterem Grunde wurden mit Zustimmung der Verlagsbuchhandlung für die Anmerkungen diesmal grössere Lettern gewählt.

Innsbruck, im Dezember 1896.

Der Verfasser.

V. ABSCHNITT.

Rechtlicher Zustand der Erbschaft vor und nach dem Antritte des Erben.

I. Capitel.

Rechtlicher Zustand der Erbschaft vor dem Antritte des Erben.

§ 42. Im Allgemeinen.

Während man die rechtliche Wirkung des Todes einer Person auf die Vermögenslage des künftigen Erben, also in subjectiver Beziehung, mit dem Ausdrucke „Erbanfall", „Delation der Erbschaft" („Erbrecht" in diesem Sinne) bezeichnet, wird zur Bezeichnung der Wirkung des Todes auf das Nachlassvermögen, des rechtlichen Zustandes desselben, also in objectiver Beziehung, der Ausdruck „liegende, ruhende Erbschaft (hereditas jacens)" gebraucht. Nach der im ersten Theile [1]) erfolgten Darlegung der rechtlichen Natur des Erbanfalles — und der dadurch bedingten Natur des Erbantrittes — handelt es sich nunmehr um die Bestimmung des juristischen Wesens der sogenannten „ruhenden" Erbschaft.

[1]) Vgl. dazu die eingehende und sachlich gehaltene Besprechung dieses ersten Theiles von P. Sokolowski in der krit. V. J. Schr. N. F. XVII S. 535 fg.

Der Zustand des Erbvermögens in der Zwischenzeit vom Tode des Erblassers bis zum Erwerbe seitens des Berufenen wird jetzt wohl ziemlich allgemein als ein Zustand rechtlicher Gebundenheit qualificiert, der sich aus der Bestimmung des Vermögens für den künftigen Träger ergibt. Dieser Zustand ist von Ihering in seiner Theorie der „passiven Wirkungen der Rechte" so plastisch zur Anschauung gebracht [1]), dass es müssig wäre, dem etwas beizufügen. Denn seine Darstellung der objectiven Seite des Verhältnisses ist in ihrem Werthe davon unabhängig, dass er sie als die „passive Seite des Rechts bei vorübergehendem Mangel der activen Seite" erklärt [2]). Mit dieser Formel wollte doch nur eine Construction jenes Verhältnisses der objectiven Gebundenheit gegeben werden [3]); denn mit der blossen Bezeichnung des Erbvermögens als eines „gebundenen Vermögens" wäre eine Construction offenbar noch nicht gefunden, namentlich dann nicht, wenn hinzugefügt wird, dass dieses Vermögen aus dem Kreise der sogenannten „juristischen Personen" auszuscheiden sei. Zwar hat der Begriff „rechtlicher Gebundenheit" eines Objectes, beruhend auf seiner Zweckbestimmung für ein Subject, zweifellos eine Berechtigung [4]), mag er auch manchmal als etwas Unbestimmtes, Unfassbares erklärt werden [5]);

---

[1]) S. oben I. Th. S. 50 fg.; S. 104; 393.

[2]) Zu den oben S. 52 Anm. 3 cit. Schriftstellern seien noch erwähnt: Arndts in Glück 48. Th. S. 316, 334, 336; Enneccerus Rechtsgegeschäft S. 413; Dusi la eredità giacente nel diritto romano e moderno (1891) S. 96 fg.; Puntschart die moderne Theorie d. Privatrechts (1893) S. 7 fg., 14.

[3]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 198.

[4]) S. oben I. S. 55 und Anm. 3; dazu noch Brinz (Lotmar) IV. 1 § 542 A. 7; Regelsberger Pand. I. § 15 No. III, § 75 No. III, § 118 No. IV fg.; s. auch die Literaturnachweise bei Puntschart a. a. O. S. 4 fg.

[5]) So Enneccerus Rechtsgesch. S. 161 fg., 333, 385 fg., 415 fg.; vgl. aber dazu Puntschart a. a. O. S. 14 fg., 196 fg. Nach diesem Schriftsteller (im cit. Werke) stellt sich das römische Privatrecht dar als ein System von ‚Rechtsverbänden' — so heisst er jetzt nach dem Vorgange der Quellen („juris vinculum, juris nexus") die von ihm früher so genannten ‚concret objectiv-rechtlichen Rechtsverhältnisse' —. Dieselben ergeben sich ihm aus der ‚Anwendung der Rechtsnorm auf bestimmte Personen oder Sachen', sie seien zugleich ‚Zweckverbände' und

andrerseits lässt sich auch nicht verkennen, dass mit der Constatierung eines rechtlichen Bandes, von dem die römischen Rechtsquellen auf allen Gebieten des Rechtes sprechen, ein Rechtsverhältnis noch nicht in seiner juristischen Besonderheit und Individualität characterisiert wäre. Was namentlich das Erbvermögen betrifft, so wäre mit der Bezeichnung desselben als einer rechtlich gebundenen Gütermasse noch nichts anderes gesagt, als dass der Nachlass als Vermögen, als eine ökonomische und rechtliche Einheit (universitas) aufrecht erhalten, und dass damit den einzelnen dazu gehörigen Stücken der rechtliche Fortbestand gesichert werde, wie dies schon Javolen in treffender Weise zum Ausdrucke gebracht hat [1]). Ueber die concrete juristische Form dieses Bandes aber wäre damit noch kein Urtheil abgegeben [2]); und gerade um diesen Punkt hat sich von jeher aller Streit in unserer Rechtsmaterie gedreht [3]).

---

bilden die ‚Grundbegriffe', während die subjectiven Rechte nur ‚Folgebegriffe' aus den Rechtsverbänden darstellen (S. 1 fg.). Als einen solchen ‚Rechtsverband' definiert Verf. auch die hereditas jacens (S. 391 fg.), und diese Auffassung scheint ihm einen prinzipiellen Gegensatz auch zu der von uns vertretenen zu bedeuten (vgl. S. 402). Wir können hier unmöglich auf diese durch alle Materien des Privatrechts sorgfältigst entwickelte Theorie eingehen; doch glauben wir behaupten zu dürfen, dass die Qualificierung des Rechtsverhältnisses der hereditas jacens als eines Pendenzverhältnisses auch innerhalb des Begriffes ‚Rechtsverband' gar wohl Platz finde. Was nämlich die juristische Natur des ‚Rechtsverbandes' betrifft, so kann sich dieser generelle Begriff ebenso, wie der herkömmliche Begriff des ‚Rechtsverhältnisses' (gegen denselben P. S. 4 fg., 18 fg.), in sehr mannigfacher Art individualisieren, so dass wenigstens dort, wo er nicht mit dem des subjectiven Rechts identisch ist (was nach P. a. a. O. nie zutreffen soll), erst das Bedürfnis entsteht, seine spezifische rechtliche Natur zu definieren, nicht bloss um ihn von anderen Verbänden zu unterscheiden (P. S. 17, 169, 183), sondern auch um ihn überhaupt in seinem Wesen zu erkennen. Und dies gilt insbesondere auch von der hereditas jacens. (S. im Folgenden.)

[1]) L. 36 de stip. serv. (45, 3); s. oben I. S. 51 A. 6, S. 165 A. 6 u. prom.. Dusi l. c. S. 32 fg., 110 findet in dieser Stelle die relativ beste der verschiedenen römischen Constructionen. Puntschart l. c. S. 29 fg., 33 fg., 390, 394, 400: ‚jus' im Sinne von ‚Rechtsverband'.

[2]) S. oben I. S. 393.

[3]) Nach Puntschart a. a. O. erscheint die hereditas jacens als

Wie die obigen Ausführungen zeigen, lassen sich all' die verschiedenen Constructionsversuche auch nach dem Gesichtspunkte gruppieren, dass das Kriterium in dem Verhältnisse liegt,

---

der (universale) ‚Rechtsverband des Hausvermögens', in den sich der univ. Rechtsverband des paterfamilias (die ‚familia' = ‚Hausverband' S. 381 fg.) mit seinem Tode (als ‚hereditas') verwandelt. (S. 391 fg.) Die Möglichkeit zeitweiliger Subjectlosigkeit ergebe sich daraus, dass der Rechtsverband zugleich ein Zweckverband sei, daher so lange in seinem Bestande bleibe, als er noch einem Zwecke zu dienen hat, in unserem Falle den Zwecken des Erblassers und des Erben (S. 15 fg., 400). Die Succession des Erben erfolge unmittelbar in diesen Vermögensverband, erst folgeweise in die einzelnen Rechtsverbände (S. 396; über Succession S. 11, 13, 37, 199, 285); umgekehrt könne Jemand auch bloss in den Erbverband eintreten, aber des ganzen wirtschaftlichen Inhalts desselben entbehren (nudum nomen heredis), während alle Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Erbverband auf einen Anderen übergehen (S. 410 fg.). Die ‚continuatio hereditatis' bedeute eben die Fortdauer des Verbandes bis zur Erbeserklärung (s. 400; s. aber über den gleichen Ausdruck beim Suus heres: S. 384 fg., 399). Der Satz von der Rückbeziehung des Erbschaftserwerbes bedeute nur, dass der Erbe in diesen fortdauernden Verband eintrete (S. 400); der Satz von der Repräsentation des Erblassers, bezw. von der Herrenlosigkeit der Erbschaftssachen bedeute, dass jener Verband trotz seiner Subjectlosigkeit noch den Zwecken des Erblassers diene (S. 401). Schliesslich bemerkt Verf., dass seine Theorie noch am meisten der von Pfaff-Hofmann vertretenen sich nähere, nur dass unter dem dominium hereditatis nicht ein Eigenthum am hinterlassenen Vermögen, sondern nur die ‚Zuständigkeit des Erbverbandes' zu verstehen sei (S. 403 fg.).

Wenn wir von der Erklärung der zuletzt erwähnten Quellensätze über die Erbschaft und die Erbfolge absehen, können wir, in Uebereinstimmung mit unseren früheren Ausführungen, gerne zugeben, dass die hereditas jacens einen ‚Rechtsverband' darstelle, u. z. nicht bloss im römischen bürgerlichen, sondern selbst im Soldaten-Erbrecht (anders P. S. 406 fg.; s. aber Hofmann krit. Studien S. 177 fg., bes. S. 185 zu l. 17 § 1 de test. mil. 29, 1), ebenso im modernen Erbrecht. Es entsteht aber die Frage nach der spezifischen Natur dieses ‚Rechtsverbandes': Ist er eine juristische Person, ein Zweckvermögen? (Vgl. eod. S. 321.) Bildet er eines der Pendenzverhältnisse, die ja nach P. ebenfalls unter seinen Begriff fallen? (Vgl. S. 13, 36 fg., 103, 159 A. 3 fg., 196 fg., 200, 267.) Bei Lebzeiten des Erblassers haben wir nach P. nicht bloss den allgemeinen ‚Hausverband', dessen Subject der Erblasser war (S. 388), sondern auch innerhalb desselben eine Menge einzelner ‚Rechts-

in welches die Erbschaft zu ihrem künftigen Träger gesetzt wird. Entweder wird das Erbvermögen, obzwar für den Erben bestimmt, gleichwohl in seinem gegenwärtigen Bestande von demselben losgetrennt, als ein auf sich selbst gestelltes Vermögen betrachtet, heisse es nun „juristische Person" oder „Zweckvermögen" oder wie immer; — oder es wird dasselbe, und zwar wegen der rückwirkenden Kraft des künftigen Antrittes, schon gegenwärtig in eine innere Beziehung zu seinem künftigen Träger gestellt, letzterer also eigentlich als Subject desselben gedacht. Im ersteren Falle hat das Erbvermögen den juristischen Grund seines Bestandes in sich selbst, im letzteren Falle im berufenen Erben. Die Bezeichnung dieses Gegensatzes mit den Worten „Fiction" und „Suspension" wäre nicht allgemein zutreffend; denn in die erste Gruppe [1]) fallen nicht bloss jene Theorien, welche dem Erb-

---

verbände', in denen der Erblasser Subject oder Object war (S. 388 fg., 16, 264); der Hausvater aber lebt nicht mehr. Zum Vermögen des Erblassers gehörten insbesondere die subjectiven Rechte, und nach P. kann ohne Subject nur der Rechtsverband, nicht auch das subjective Recht bestehen (S. 9 fg., 14 fg., 35, 400); mit dem Erblasser ist das bisherige Subject fortgefallen, im Erben ein Subject noch nicht erstanden: sind also die subjectiven Rechte als solche untergegangen und nur die betreffenden ‚Rechtsverbände' übrig geblieben (vgl. S. 15)? Aber letztere waren doch Verbände zwischen dem Erblasser und anderen Personen oder Sachen: mit wem bestehen sie also? mit dem Delaten (vgl. S. 317)? Aber ‚Nachfolger im Vermögensverbande wird der extraneus heres erst durch seine Erbserklärung' (S. 402), vorher ist er nur ‚der vom Rechte berufene Nachfolger in den Vermögensverband des Erblassers' (S. 401 fg.), er hat nur ‚die rechtliche Möglichkeit, in den Erbverband einzutreten' (S. 395, 402, 414): welcher rechtlichen Natur ist nun diese Möglichkeit? Die Erbfolge selbst ist nach P. der ‚Eintritt in den universalen Rechtsverband, dessen Subject der Verstorbene war' (S. 395, 396, 400): welcher rechtlichen Natur ist dieser Eintritt? Und welches ist endlich das weitere Schicksal jenes universalen Verbandes, wenn der Erbe durch ihn in die einzelnen Rechtsverbände eingetreten ist? Verf. bezeichnet den Erben einerseits als Subject des erblasserischen Rechtsverbandes (S. 400, 402, 404 fg.), andrerseits als Subject der in demselben enthaltenen Vermögensverbände (S. 401). — So glauben wir denn, dass die Beantwortung all' der aufgeworfenen Fragen im Sinne unserer Ausführungen den Grundgedanken des Verfassers unberührt lasse.

[1]) S. oben I. S. 25 fg.; 43 fg.

vermögen resp. den dazu gehörigen Rechten und Verbindlichkeiten in irgend einer Form ein Subject geben, sondern auch diejenigen, welche es als ein subjectloses Vermögen erklären [1]); ja selbst die

---

[1]) Hieher gehört auch Dusi in der oben cit. Abhandlung. Dieselbe ist uns erst nachträglich durch ein Citat bekannt geworden. Unsere Auffassung des juristischen Wesens der hereditas jacens wird durch sie in keiner Weise tangiert; denn nach dem Verf. wurde der Nachlass von den römischen Juristen zu den juristischen Personen gerechnet, im modernen Recht gehört er zu den „einfachen subjectlosen Vermögen". Für den deutschen Leser sei der wesentliche Inhalt dieser Abhandlung in Kürze skizziert.

Die hereditas jacens hat zur Voraussetzung das System des „zweiseitigen", nicht das des „einseitigen" Erbschaftserwerbes (D. meint: des freiwilligen, nicht des nothwendigen Erwerbes, S. VII—XX). Im römischen Rechte konnte sie also nicht bei den Sui, sondern nur bei den extranei heredes vorkommen. Für letzteren Fall werden die Erbschaftssachen als herrenlos bezeichnet. Dies bedeutete ursprünglich: allgemeine Occupationsfähigkeit. Diese wurde später eingeschränkt durch das Erfordernis der usucapio pro herede, eingeführt (entgegen Gaius II. 55) zum Schutze des Erben; dagegen der Satz „hereditati furtum non fit" blieb noch längere Zeit bestehen. Ein weiterer Fortschritt für den Erben war die Unwirksamkeitserklärung jener Usucapion, dann die Aufstellung des crimen expilatae hereditatis. (S. 1—26; vgl. oben I. S. 14 fg., S. 82 Anm., 137 fg.; dazu Sokolowski a. a. O. S. 538.) Andrerseits wurde der Erbschaft von der Jurisprudenz „eine beschränkte Vermögensfähigkeit, eine juristische Persönlichkeit" beigelegt. Zwar die älteren Juristen operieren noch mit äusseren Argumenten; später aber begegnen die Fiction des Fortlebens des Erblassers; die Meinungsverschiedenheit, ob auf den Erben oder den Erblasser zu sehen sei; die Verwendung des Rückwirkungsprinzips; der Gesichtspunkt der universitas juris; im prätor. Edict über die negot. gestio bereits die Personificierung der Erbschaft, was dann verallgemeinert wurde (s. oben I. S. 221), sei es im Sinne der Repräsentanz des Erblassers, sei es im Sinne unkörperlicher Vermögenspersönlichkeit. (S. 27—36, S. 7.)

Zu diesen Constructionen, die Verf. sämmtlich von röm. Juristen vertreten findet, äussert er sich folgendermassen (S. 60 fg.): Die Ansicht, dass der Erblasser als in der Erbschaft fortlebend fingiert werde, sei an sich verfehlt (S. IX A. 3), finde sich nur bei Ulpian (l. 1 de relig. 11, 7), während sie gerade dem österr. Rechte zu Grunde liege (S. 30 fg., 47 fg., 49, 61, 84, 116; — siehe aber den Wortlaut des § 547 des a. b. G. B. oben I. S. 1; S. 30 A. 1, S. 61 A.). Die Ansicht, dass der Erbe bereits Subject der Erbschaft sei,

Theorie, welche im Erbvermögen nur die passive Seite der Rechte (resp. der Verbindlichkeiten) erblickt, gehört hieher, sofern damit ebenfalls jedes Subject und mit demselben die Rechte selbst negiert,

---

habe nur beim System des ipso-jure-Erwerbes eine Berechtigung, für das Aditions-System finde sie in der Rückwirkung des erst späteren Antrittes keine Stütze (S. 5, 32, 45, 60, 92). Die Ansicht, dass das Erbvermögen eine juristische Person darstelle, — und Verf. definiert letztere nach einem Excurse als ein ‚ente reale incorporeo fornito di giuridica subjettività' (S. 62—77) — sei allerdings die der röm. Juristen, wie sich sowol aus dem Umfang der Rechtsfähigkeit der Erbschäft, als auch aus der Quellensprache ergebe, welch' letztere aber weder eine Personification noch eine Fiction enthalte (S. 77—88—114). Für das moderne Recht aber seien die verschiedenen Theorien dieser Art und noch andere zu bekämpfen, und die Auffassung der Erbschaft als juristischer Person sei geradezu unmöglich (S. 89—103). So stelle sich denn die Ansicht, dass die Erbschaft ein subjectloses Vermögen sei, als die einzig haltbare dar. Jedes Vermögen sei eine ‚unità complessiva', eine ‚universalità giuridica'. Die Einheit habe ihren Grund entweder in einer (Einzeln- oder Collectiv-) Person als Subject, oder in einem vom Willen einer Person vorausbestimmten Zweck. Bei den Stiftungen könne weder der Zweck, noch der ihn setzende Wille als Subject betrachtet werden, also müsse dem Vermögen selbst juristische Persönlichkeit zuerkannt werden. Das sei aber bei der Erbschaft unmöglich, weil sie keinen gemeinnützigen und dauernden Zweck habe. Dagegen liege in ihrer Bestimmung für den Nachfolger und in dem Rechte des letzteren auf ihren Erwerb der Grund, dass sie, obzwar subjectlos, als Vermögen aufrecht bleibe. Diese Wahrheit habe unter den röm. Juristen nur Javolen (l. 36 de stip. serv.) erkannt. Die Erbschaft gehöre also zu den ›semplici patrimoni in istato di pura conservazione', die, obwol ‚privi di personalità giuridica', doch ‚un' individualità giuridica loro propria‹ haben (S. 104—116). Weitere Ausführungen sind den Voraussetzungen und der Beendigung der Jacenz, der Erhaltung und Verwaltung der Erbschaft (S. 117—197), ferner den übrigen Systemen des Erbschaftserwerbes (S. 36—60) gewidmet, wobei die neueren Gesetzgebungen, insbesondere die italienische und französische eingehend gewürdigt werden.

Was nun die Construction des Verf. betrifft, so lässt sie, wie sie keine ganz neue ist (vgl. oben I. S. 43 fg., 59 fg.), die alten Zweifel offen. Das Institut der her. jac. dient zugegebenermassen dem Zweck der Erhaltung des Vermögens, der Vermittelung der Erbfolge; es wird ihr auch ein gewisser Grad von Rechtsfähigkeit beigelegt, und auf das Mehr oder Weniger der letzteren soll es für den Begriff der juristischen Person nicht ankommen (S. 76, 103): warum gerade auf den Inhalt und

dagegen die Objecte als in rechtlicher Gebundenheit verharrend gedacht sind [1]). Im Gegensatze zu all' diesen Theorien stellen die der zweiten Gruppe das Erbvermögen nicht auf sich selbst oder auf sein bisheriges Subject, sondern auf seinen Destinatär; und wenn dabei manchmal von einem Schwebeverhältnis gesprochen wird, ist dies in dem Sinne gemeint, dass nur noch ungewiss ist, ob der Berufene bereits Erbe geworden sei und wer er sei, eine Ungewissheit, die mit dem Erbantritt entfalle. Damit aber hätte der Antritt eine lediglich declarative Bedeutung, und es wäre die Möglichkeit gegeben, mit der Rückwirkung des Antrittes schon vor demselben rechtlich zu operieren [2]). Die erste Gruppe stützt sich auf die Quellensätze von der Repräsentation des Erblassers, von der Rechtssubjectivität resp. Herrenlosigkeit des Nachlasses, von der Extraneität des Delaten, während die zweite Gruppe sich auf den Quellensatz von der Rückbeziehung des Erbschaftsantrittes berufen zu können glaubt,

---

die Dauer des Zweckes? Soll doch auch die Erhaltung der Erbschaft als Vermögen, obzwar ohne Subject, gerade nur in der Bestimmung für den Erben ihren Grund haben. Umgekehrt, warum soll nicht auch bei der Stiftung der Zweck genügen, sie als Vermögen ohne Subject zu denken? Bei Dusi's subjectlosen Vermögen frägt man ja auch erst wieder nach dem Wesen der »ihnen eigenen juristischen Individualität«. — Ferner: Verf. gibt die Rückwirkung des Erbschaftsantrittes als solche zu, und verwirft nur (mit Recht) ihre Verwendung dafür, dass der Erbe schon vor seinem Antritte als Subject zu denken sei (S. 5, 32, 80, 92). Nun bedingt aber gerade die Rückwirkung des künftigen Erwerbes ein einstweiliges Pendenzverhältnis; und Verf. stellt doch die Erbschaft mit dem Vermögen eines Kriegsgefangenen, eines Ungeborenen in Parallele (S. 116, 122). Dennoch findet er in beiden nur subjectlose Vermögen, obwol er diesen Begriff für die Stiftung verwirft. Allerdings hätte jener Gesichtspunkt auch zu einer anderen Auffassung des Erbschaftsantrittes führen müssen, während Verf. in demselben bald eine wirkliche »Annahme« der Erbschaft, als Ausübung eines dem Delaten darauf zustehenden Rechtes, bald die Ausübung eines »ausschliesslichen Occupationsrechtes« erblickt. (S. XVI, S. 5 fg., 53, 96, 100, 109 A. 3, 110, 113, 123. Vgl. oben I. S. 366 fg., 388 fg., 399 fg., 408 fg.)

[1]) S. oben I. S. 50 fg.

[2]) S. oben 1. S. 102 fg. Zu den hier genannten Schriftstellern ist auch Kuntze Institut. Excurse zu § 336 sub B nachzutragen, der in der hereditas geradezu die Idee der Pendenz verwirklicht findet.

und beide suchen den anscheinenden Widerspruch in ihrer Art zu lösen [1]).

Unsere Auffassung des rechtlichen Wesens der hereditas jacens folgt aus dem, was über die Natur des Erbanfalles bezw. des Erbantrittes ausgeführt wurde, eigentlich von selbst. Diese Ausführungen nämlich ergeben als nothwendige Folgerung, dass die Erbschaft aus dem Kreise der „juristischen Personen"; wie immer man ihr Wesen bestimmen möge, auszuscheiden sei, dass auf sie vielmehr der Begriff des Schwebeverhältnisses Anwendung finde; ferner aber, dass dieses Schwebeverhältnis nicht in dem Sinne zu verstehen sei, dass noch ungewiss ist, ob Jemand und wer Erbe werden wird [2]); auch nicht in dem Sinne, dass nur ungewiss ist, wer bereits Erbe geworden ist [3]). Im ersteren Falle käme dem Erbschaftsantritte allein constitutive Kraft zu, ähnlich der Occupation einer herrenlosen Sache [4]); im letzteren Falle hätte der Antritt nur declarative Bedeutung, der Berufene wäre ipso jure von Anfang Erbe gewesen. Der Antritt ist aber nach den obigen Ausführungen ein die Erbesqualität mit-constituierender Factor; aber wieder nicht in dem Sinne, dass die Delation sich mit der Adition zu einem einheitlichen Erwerbsacte verbindet, ähnlich wie beim Vertrage das Angebot mit der Annahme [5]); vielmehr so, dass das einseitige und mit dem Tode des Erblassers rechtsbeständig gewordene Setzen des Erben durch den Antritt des Gesetzten zur Wirksamkeit gelangt [6]). Diese

---

[1]) S. oben I. S. 65 fg., 77 fg., 91 fg.

[2]) Vgl. Oehler die rückwirk. Kraft des Erbsch.-Antr. S. 11 fg. (oben I. S. 89).

[3]) Vgl. Savigny (oben I. S. 102; 24; 69 fg.); Köppen (oben I. S. 105; 396 fg.).

[4]) S. oben I. S. 392 zu A. 7.

[5]) S. oben I. S. 391.

[6]) S. oben I. S. 398 fg., 408 fg., 420 fg., 439 fg. — Zu den S. 393 A. 4, S. 451 A. 2 enthaltenen Citaten über die rechtlichen Anwartschaften seien noch hinzugefügt: Kärger Zwangsrechte (1882), der das Erbrecht unter seine ‚Sachenerringungsrechte' stellt (S. 218 fg.), im Uebrigen meint, ‚dass wenigstens für das römische Recht kein subjectives Erbrecht, sondern ein kraft Rechtssatzes erfolgender Uebergang der gesammten Rechte und Pflichten des Erblassers auf den Erben an-

Auffassung [1]) ist aber nur dann möglich, wenn dem Erbantritte die Bedeutung einer Anerkennung, Genehmigung, Ratihabition des einseitigen Willensaktes, der den Erben setzte [2]), beigelegt

zunehmen ist.« Ferner v. Anders d. Jagd- u. Fischereirecht (1885) über die »ausschliesslichen Aneignungsrechte« S. 23 fg. (bes. S. 61 fg.), S. 180 fg.), — der aber nicht auch das Erbrecht dazu rechnet.

[1]) Oehler a. a. O. S. 13 meint freilich: „Mag man dem späteren Umstande, durch den das Rechtsverhältnis nach rückwärts bestimmt wird, nur rechtsbezeugende, deklaratorische oder auch rechtsbegründende, constitutive Wirkung zuschreiben, immer besteht diese Wirkung darin, dass ein Zustand der Schwebe nach rückwärts sich aufklärt und seine wahre rechtliche Beurtheilung findet". — Aber für die Behandlung der Zwischenzeit ist jener Unterschied nicht gleichgiltig. S. später.

[2]) Vgl. oben I. S. 445. — Sokolowski a. a. O. S. 550, 551 meint, dass diese Auffassung schwerlich den römischrechtlichen Prinzipien entspreche; nach seiner Auffassung ist jede Erbeseinsetzung in erster Linie eine einseitige Verfügung, eine lex privata, der sich nach ursprünglicher Auffassung der heres necessarius bedingungslos zu unterwerfen hat, wogegen der heres voluntarius nach freiem Ermessen zur Delation Stellung nehmen kann, — weshalb dann, wenn er dem Befehl des Testators ausweicht, Niemand da ist, auf den sich die lex privata erstrecken könnte —. Es will uns nun bedünken, dass unsere Auffassungen sich einander sehr nähern. Sofern nämlich die Charakterisierung des Erbschaftsantrittes als einer Unterwerfung des Berufenen unter die lex privata des Erblassers (vgl. oben I. S. 419 A. 15, 429 fg., 431 A. 5) die Frage wachruft, welcher rechtlichen Natur denn diese — freiwillige — Unterwerfung sei, schien uns, wenn einmal die Einseitigkeit der beiderseitigen Willensacte zugegeben wird, eine andere Auffassung des Erbschaftsantrittes als im Sinne der Genehmigung des Willens, der eine persona sui juris als Erben einseitig setzt, nicht möglich zu sein; einen zweiseitigen Charakter des Erwerbes erhalten wir damit wohl nicht. Auf die Frage aber, was denn der Erbe beim Antritt einer hereditas ab intestato eigentlich ratihabiert, können wir — im Sinne der obigen Ausführungen (I. S. 429 fg., 431 fg., 441 fg., 445) — nur antworten: den einseitigen Erbberufungswillen der lex publica. Dass nämlich bei der Erbschaftsdelation ab intestato der „Wille des Gesetzes" (vgl. ll. 18, 19 de leg. 1, 3) es ist, der den Erben einseitig bestimmt („vocat", beruft, die Erbschaft „deferiert", nicht offeriert, s. oben I. S. 364 A. 4), dürfte feststehen. Wäre nun derselbe ein zwingender Wille, wie z. B. bei der Delation einer tutela legitima, so bedürfte es keiner Annahme, sei diese eine Genehmigung (Anerkennung) oder eine Unterwerfung, es wäre höchstens eine Excusation möglich (vgl. das jus abstinendi des Suus heres); bei der hereditas legitima aber ist jener Wille kein zwingender. —

wird [1]). — Damit ist aber auch die rechtliche Lage des Nachlassvermögens vor dem Antritte des Erben schon bestimmt: sie ist ganz analog dem Zustande eines Vermögens resp. Vermögens-

---

Nach Hölder d. Stellung d. röm. Erben, Zeitschr. d. Savigny-Stift. XVI. S. 259 ist die Erbeinsetzung eines heres extraneus zunächst ein blosser Wunsch, und wird zu einer rechtsgiltigen Verfügung erst erhoben durch die Zustimmung des Eingesetzten. S. 260: die Geltung des letzten Willens ist bedingt durch die kraft der Anordnung eintretende Beerbung.

[1]) Zu den oben I. S. 421 A. 1—3, S. 424 cit. Stellen seien noch folgende beigefügt. Es wird gesprochen von „agnoscere, admittere hereditatem, bona: l. 58 de sol. matr. (24, 3), l. 5 pr. de jure delib. (28, 8), l. 6 §§ 2, 3, l. 12, l. 55 de acquir. her. (29, 2), l. 1 de B. P. fur. (37, 3), l. 10 § 3 de B. P. contr. tab. (37, 4), l. 4 § 17 fg. de fideic. lib. (40, 5), l. 3 de leg. Corn. de fals. (48, 10); l. 2 C. de jure delib. (6, 30). Diese Ausdrücke finden sich nicht bloss in Betreff der bonorum possessio; überdies ist die agnitio der letzteren eine pro herede gestio (l. 12 C. de jure delib. 6, 30). Heutzutage spricht Niemand mehr von Anerkennung der Erbschaft, sondern von Annahme, Antritt derselben. Noch bezeichnender sind die Ausdrücke: „comprobare, sequi, agnoscere judicium, voluntatem defuncti, patris“: l. 14 pr. de B. P. contra tab. (37, 4), l. 7, l. 8, l. 50 § 4 de bon. libert. (38, 2), l. 45 pr. de fideic. lib. (40, 5). Wer sagt heutzutage beim Antritte der Erbschaft, dass er den Willen des Erblassers genehmige, anerkenne, demselben Folge leiste? Ferner die Ausdrücke: „confirmare supremas defunctorum voluntates“ und ähnliche: l. 1 § 2 i. f. ad S. C. Trebell. (36, 1), l. 11 § 1, l. 14 § 3 eod. Besonders interessant ist die c. 7 C. de lib. causa (7, 16), wo es vom Erben heisst: „— respectu — aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit“. (Davon später.) Erwähnt werden dürfen in diesem Zusammenhange wohl auch Stellen, die vom Verlust der querela inofficiosi testamenti durch Anerkennung des erblasserischen Willens sprechen, wie eine solche in verschiedenen Handlungen, insbesondere in der Annahme eines Vortheiles liegen kann (nach älterem Rechte); denn besteht letzterer in einem Erbtheile, dann kann man wohl nicht mehr bloss sagen, die Annahme enthalte nebst dem Antritt auch eine Genehmigung, vielmehr ist sie nur eine solche. Vgl. l. 8 § 10, l. 12, l. 23 § 1, l. 31 §§ 3, 4, l. 32 pr. de inoff. test. (5, 2); Windscheid III. § 585 A. 3. — Was den Ausdruck „confirmare“ betrifft, so will ihn Puntschart l. c. S. 38 fg. nicht mit „bestätigen“, sondern mit „wirksam machen“ übersetzt wissen. Das mag etymologisch ja richtig sein (wir möchten übersetzen: „befestigen, bekräftigen“); aber die Wirksamkeit wird u. A. gerade durch „Bestätigung“ herbeigeführt (von der Etymologie

stückes, dessen Erwerb durch Jemanden von der Ratihabition desselben abhängig ist, mit welcher die einseitige Zuwendung eines Anderen, u. z. rückwärts wirksam wird. Nur mit einem Unterschiede. Während das Ausbleiben der Ratihabition bei einer Zuwendung unter Lebenden die Folge hat, dass das betreffende Vermögen oder Vermögensstück dem verbleibt, der die Zuwendung machte [1]: und während selbst bei einer Zuwendung von Todes wegen, die ein einzelnes Vermögensstück zum Gegenstande hat, die Versagung der Genehmigung (Repudiation, Nichtagnition) nur die Folge hat, dass das Zugewendete dem Universalsuccessor verbleibt [2]; — muss bei der (letztwilligen oder gesetzlichen) Berufung einer Person als Erbe das Ausbleiben der Genehmigung zur Consequenz haben, dass der Nachlass, dessen Eigenschaft als Vermögen, als universitas, von der rechtlichen Bedingung abhängig ist, dass jene Berufung auch zur Wirksamkeit gelangt, bei Defizienz dieser Bedingung als das erscheine, was er ohne jede Berufung gewesen wäre: eine herrenlose Masse von körperlichen Gegenständen [3].

---

dieses Wortes nicht zu reden). — Aehnlich verhält es sich mit dem Worte ‚ratihabere'. Mag auch das Adjectiv ‚ratum' im juristischen Sprachgebrauch die Bedeutung von ‚fest, wirksam, giltig' haben — z. B. testamentum ratum: l. 3 pr. i. f. de pig. et hyp. 20, l. l. 29 § 1 qui test. fac. 28, 1, l. 6 § 11 de injusto 28, 3, l. 16 de vulg. subst. 28, 6, l. 28 de cond. 28, 7, l. 24 de test. mil. 29, 1, etc. — wie umgekehrt auch ‚irritum' in Bezug auf das Testament bald im weiteren, bald im engeren Sinne gebraucht wird (S oben I. S. 421 A. 3), so wird doch das Wort ‚ratihabitio' hauptsächlich im Sinne von ‚Genehmigung', auch ‚Bestätigung' angewendet. Vgl. Windscheid I. § 74 A. 3, § 81 A. 8, § 83 A. 4, A. 8; Unger II. § 92; Seuffert Ratihabition S. 5 fg. (a. auch Busse de ratihab. dissert. c. I § 1); Brinz IV, § 583, § 589; Regelsberger Pand. I. § 164 No. I. § 147 No. I; Pacchioni trattato della gestione degli affari altrui (1893) S. 520 fg. — In c. 19 C. de neg. gest. (2, 19) heisst es vom Verkaufe einer fremden Sache: ratam facere venditionem. In l. 48 de acq. her. (29, 2) u. l. 16 de bon. poss. (37, 1) wird von confirmari ratihabitione gesprochen.

[1]) So bei der Eigenthumsübertragung an den dominus negotii mittels des negotiorum gestor; oben I. S. 417 fg., 446 fg.

[2]) Oben I. S. 400 fg.

[3]) Oben I. 186 fg., u. im Folgenden.

Und hiernach stellt sich die hereditas jacens dar als ein Vermögen, welches durch einen einseitigen Willen (seines bisherigen Trägers oder des Gesetzes [1]) zum Vermögen einer anderen Person gemacht ist, vorausgesetzt dass letztere jenen Willen für sich gelten lässt, d. h. denselben genehmigt [2]). Es handelt sich also um ein Pendenzverhältnis in Ansehung des Vermögenssubjectes. Pendent ist also nicht die Erbmasse — ausser im Sinne einer Vermögenseinheit —, vielmehr das Recht einer Person an derselben, das Erbrecht einer Person.

---

[1]) Oben I. S. 429 fg., S. 445 (zu Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 15 A. 2 noch zu cit.: eod. S. 680); Schiffner die sog. gesetzl. Vermächtnisse S. 9, 24.

[2]) Zu den oben I. enthaltenen Citaten und Bemerkungen in Betreff der Ratihabition vgl. auch Brinz (Lotmar) IV. § 583 S. 378 fg.: Die Ratihabition bringe nicht bloss zur Entscheidung, ob das Geschäft des Gestor ein solches des dominus sei; sie sei auch nicht ein eigentliches Stück des Geschäftes, vielmehr ein Mittel, das abgeschlossene Geschäft zu befestigen. — Das Geschäft sei vor der Ratihabition nicht ein bedingtes, selbst wenn die Ratihabition vorbehalten wurde, denn ein Essentiale könne nicht zur Bedingung gemacht werden. Die Ratihabition habe rückwirkende Kraft (ausser beim Besitzerwerbe). — Ferner § 538 über die conditiones juris, bes. S. 119 fg.: Sie gehören zu den wesentlichen Erfordernissen des Geschäftes, aber einige derselben können nur nachträglich in Erfüllung gehen (z. B. Tod des Testators, Ueberleben und Antritt des Honorierten), die »ebendeswillen den Namen und das Aussehen von Bedingungen haben und das Geschäft bis zur Entscheidung in Schwebe erhalten«. Dagegen komme bei der conditio juris keine Retrotraction vor; Rückbeziehungen, die bei letztwilligen Geschäften vorkommen, haben einen speziell erbrechtlichen Grund: Unmittelbarkeit der Succession.

Wie nahe lag da die Vermittelung des Gegensatzes durch den Gesichtspunkt der Genehmigung!

Pacchioni l. c. — insbes. S. 469 fg. über die „gestione rappresentativa«, S. 520 fg. über die »ratifica« — vertritt in Betreff der Natur des Rechtsgeschäftes vor der Ratihabition die Ansicht, dass dasselbe zwar existiere (»esiste«), daher auch einige Wirkungen äussere, aber noch nicht vollendet (»completo«) sei, und so als eine Rechtsfigur sui generis sich darstelle (S. 494 fg.). Vollendet werde es mit der Ratihabition, und sei nun ein Geschäft des dominus, während es vorher ein Geschäft für den dominus war (S. 520 fg.) Vgl. auch Regelsberger a. a. O. No. II, 3.

Dieser Gesichtspunkt war denn auch bestimmend für die Wahl des Titels dieser Abhandlung. Die römischen Rechtsquellen bedienen sich wiederholt des Ausdruckes „hereditas jacet“ [1]); die Neueren sprechen von hereditas jacens [2]), oder übersetzen dies mit „liegender Erbschaft“, „ruhender Erbschaft“. Sehr treffend ist diese Bezeichnung wohl nicht, eher sollte man (nach Brinz) von „brachliegender“ Erbschaft sprechen [3]). Mit der römischen Bezeichnung ist nur die objective Seite des Verhältnisses, bezw. das Erbvermögen selbst — hereditas im objectiven Sinne — ausgedrückt, und zwar nach der äusseren Erscheinung, als ein von seinem bisherigen Subjecte verlassenes, vom künftigen Herrn noch nicht erworbenes Vermögen [4]). Jene Bezeichnung ist also nur eine abgekürzte Form; die Quellen selbst ergänzen den Ausdruck „jacet“ manchmal genauer mit „vacua sine domino“ [5]). Und so entspricht diese Bezeichnung

---

[1]) L. 5 § 20 ut in poss. leg. (36, 4): „— si hereditas jacuerit aliquo tempore . . .“; l. 1 de B. P. fur. (37, 3): „— ne bona jacerent . .“; l. 1 pr. de succ. ed. (38, 9): „— ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent . .“: ebenso § 12 eod.; l. 4 § 17 de fideicomm. libert. (40, 5): „— sive jacent bona fisco spernente . . .“; l. 13 § 5 quod vi aut clam (43, 24): „— quum praedium interim nullius esset —, postea dominio ad aliquem devoluto —: utputa hereditas jacebat, postea adiit hereditatem Titius . .“.

[2]) Ueber den Unterschied von Jacenz und Vacanz der Erbschaft nach französ. u. italien. Recht: Dusi l. c. S. 119, 129, 192 fg.

[3]) Vgl. den Codex Theres. Austr. II. c. 21 N. 7: „Es ist daher in der Zwischenzeit das hinterlassene Gut zwar ledig, und heisset eigentlich eine Verlassenschaft, gleichwie nach der Erbsantretung eine Erbschaft, welche, solange sie nicht angetreten wird, die Person des verstorbenen Erblassers vorstellet. Alles aber, um was mittlerweil eine solche ledige Verlassenschaft zu- oder abnimmt, gehet in Rücksicht der künftigen Erbsantretung auf Gewinn und Verlust des Erbens.“ — Hölder a. a. O. S. 270 übersetzt „jacet“ mit „darniederliegt“.

[4]) Vgl. l. 43 §§ 4—7 de furt. (47, 2); Paulus rec. sent. II. 31 § 27. — Dirksen v. jacere: „sine domino et quasi pro derelicto esse“. Quinctil. decl. 308: bona defunctorum — relicta et quasi in medio posita . .“ Nach Dusi l. c. S. 6 A. 2 soll „jacere“ ausdrücken den „stato d'inerzia“ des eines Subjectes ermangelnden Vermögens.

[5]) S. die obige Anm. 1. Vgl. aber auch l. 31 § 5 de usurp. (41, 3), s. oben I. S. 130 A. 5.

jenen Quellenstellen, welche die Erbschaftssachen als „res nullius, sine domino“ bezeichnen [1]). Aber eine vollständige Lostrennung der objectiven Bedeutung des Wortes hereditas von der subjectiven Bedeutung desselben, als jus successionis [2]), lässt sich schwer durchführen; der ersteren entspricht besser der Ausdruck „res hereditariae“; zur hereditas [3]) aber gehören auch Rechte und Verbindlichkeiten [4]), überhaupt ist dem Begriffe der universitas eine subjective Beziehung immanent [5]). Bemerkenswerth ist auch, dass der Ausdruck „nullius in bonis, sine domino“ in den Quellen immer von den einzelnen res hereditariae gebraucht wird, während die Personificationsformel sich nur für die hereditas findet [6]), u. z. unter Anlehnung an die Person des Erblassers, während das Wort selbst zweifelsohne eine Beziehung zum künftigen Träger (= heres) enthält [7]). Dieser Umstand darf für die Frage, ob in der Auffassung der Quellen ein Widerspruch besteht, sicher ebenfalls nicht ignoriert werden [8]).

Lassen wir den rechtlichen Zustand des Erbvermögens selbst, im Sinne einer Gebundenheit, der Aufrechterhaltung des Nach-

[1]) Oben I. S. 7 fg., dazu auch l. 4 § 6 de damno inf. (39, 2). Vgl. bes. die l. 13 § 5 quod vi aut clam (43, 2): »— quum praedium interim nullius esset, — — — utputa hereditas jacebat — —.«

[2]) Oben I. S. 11; 218, 219; 365 fg., 444 A. 2. Zu den das. cit. Schriftstellern s. auch Dusi l. c. S. VIII fg.; Puntschart mod. Theorie S. 394 fg.; Hölder a. a. O. S. 269 fg. (248); vgl. auch Krainz (Pfaff) Syst. I. (2. Aufl.) § 29.

[3]) S. die Gegenüberstellung in Gaius II. 54.

[4]) L. 50 pr. de H. P. (5, 3), l. 25 § 1 fam. erc. (10, 2), l. 3 pr. de B. P. (37, 1), l. 37 de acq. her. (29, 2).

[5]) Oben I. S. 11. Vgl. dazu den Ausdruck ‚Vermögen‘, Windscheid I. § 42; Puntschart a. a. O. S. 311 fg.: Regelsberger Pand. I. § 95.

[6]) Oben I. S. 7 fg., 8 fg.

[7]) Wenn die Ableitung des Wortes ‚hereditas‘, ‚heres‘ von herus, dominus (l. 11 § 6 ad leg. Aquil. 9, 2, § 7 J. de her. qual. 2, 19) richtig ist (s. Festus v. heres; Voigt die 12 Tafeln II. § 72 zu A. 7 fg., § 79 A. 9, § 105 A. 2; ferner den Nachtrag), dann möchte man allerdings mit Huschke (S. oben I. S. 36 A. 2; vgl. Lassalle Syst. d. erworb. Rechte II. S. 490) übersetzen: Die Herrenschaft, die ihren Herrn erwartet.

[8]) S. oben I. S. 12, ferner §§ 2 u. fg.

lasses als „Vermögen", bei Seite — derselbe ist ja nur der Reflex seiner Zweckbestimmung —, und fassen wir das Verhältnis des künftigen Erben zu diesem Vermögen in's Auge, so tritt vom Standpunkte unserer Auffassung der erbrechtlichen Delation der Begriff des Schwebe- oder Pendenzverhältnisses in den Vordergrund. Aber die Beziehung desselben auf den Nachlass selbst — „schwebende Erbschaft" — hätte weniger Berechtigung, in der Schwebe ist nicht so sehr der Nachlass (ausser in seiner Eigenschaft als universitas), als vielmehr das Rechtsverhältnis an demselben. Auch die Beziehung der Pendenz auf die Nachfolge, Succession — „schwebende Erbfolge"[1] — wäre kaum zutreffend: die Succession, welche sich ja in einem einzigen Acte vollzieht, ist nur ungewiss[2], also schwebend nur in diesem vulgären Sinne. Wirklich in der Schwebe aber ist das von der Genehmigung, Anerkennung des Berufenen abhängige Erbrecht desselben. Deshalb wählten wir den Ausdruck „schwebendes Erbrecht"[3]. Von pendenten Rechten wird in den verschiedensten Anwendungen gesprochen; die Quellen bedienen sich des Ausdruckes „in pendenti, in suspenso" für die mannigfaltigsten Beziehungen[4], namentlich wird derselbe auch auf das Eigenthum bezogen[5], wie denn auch der Ausdruck

[1] Allerdings hat das Wort hereditas auch die Bedeutung von Erbfolge (vgl. l. 24 de V. S., l. 62 de R. J.), Köppen Erbsch. S. 97; wo es aber als »jus successionis« definiert wird, möchten wir doch lieber von »Recht zur Erbfolge« sprechen, Köppen l. c. S. 96 A. 18; vgl. auch Puntschart a. a. O. S. 395 fg.

[2] Vgl. l. 4 pr. de fideicomm. libert. (40, 5): »— quamdiu incertum sit, utrum existat successor . . .«.

[3] Für die subj. Bedeutung von »hereditas« = Erbrecht (s. vorher S. 15 A. 2, dazu l. 3 § 2 de itin. actuque 43, 19) würde das Wort »jacet« wenig passen, viel eher das Wort »pendet«. Die italienische Uebersetzung des österr. a. b. Gesetzb. in § 798 gibt den Ausdruck „Abhandlungsgeschäft" mit „ventilazione d'un' eredità pendente" wieder; und dabei handelt es sich um die Untersuchung des Erbrechts (§ 797 eod.).

[4] S. unten im Anhange.

[5] L. 12 § 5 de usufr. (7, 1): „— in pendenti est dominium"; ebenso l. 25 § 1, l. 71 § 1 eod.; dazu l. 43 § 2 de acquir. r. d. (41, 1), l. 43 § 10 de aed. ed. (21, 1): l. 19 § 5 de castr. pec. (49, 17): „— si in pendenti habeamus dominia —".

„schwebendes Eigenthum" seit Wächter sich eingebürgert hat[1]). Der Einwand, dass nur im Falle einer bedingten Erbeinsetzung oder einer von einer conditio juris abhängigen Berufung (z. B. eines nasciturus) von schwebendem Erbrechte gesprochen werden könne, wäre ganz unbegründet: hier ist zwar mittelbar allerdings auch das Erbrecht einer Person, unmittelbar aber schon die Berufung derselben in der Schwebe[2]); auch darf nicht geltend gemacht werden, dass nach dem Antritte des so Berufenen ja doch nur das Erbrecht in der Schwebe war: sofern es überhaupt einen Antritt vor Erfüllung der Bedingung, also vor der Delation gibt, hat derselbe ja noch nicht den Erbschaftserwerb im Gefolge[3]).

Aber ein Unterschied muss allerdings hervorgehoben werden. In anderen Fällen der Pendenz bezieht sich diese nur auf die Frage, welche von mehreren Personen als Subject des Vermögens bezw. des Vermögensstückes zu betrachten ist; sei es dann, dass das Recht daran in der Zwischenzeit einer der Parteien wenigstens provisorisch, aber mit resolutiver Bedingtheit zugeschrieben wird, sei es, dass auch dies nicht geschieht[4]). In unserem Falle

---

[1]) C. G. v. Wächter d. schwebende Eigenthum (1871); Pand. I. § 69 Beil. IV.

[2]) Vgl. oben I. S. 337 fg. über den Unterschied zwischen Eröffnung der Erbfolge und Delation an eine bestimmte Person. Zu S. 340 A. 1 vgl. auch Dusi l. c. S. 123, der bei der bedingten Erbeinsetzung ebenfalls zwischen ‚delazione' und ‚apertura dell'eredità' unterscheidet, aber vor Erfüllung der Bedingung nicht eigentliche Jacenz, sondern etwas analoges annimmt; ebenso bei Berufung eines nasciturus. S. ferner I. S. 442 fg.

[3]) S. oben I. S. 310, 313, 328.

[4]) Wächter unterscheidet für das Eigenthum a) die Fälle, in denen nicht das Eigenthum selbst in der Schwebe sei, d. h. nicht ungewiss sei, ob die Sache einen Eigenthümer hat und wer von Mehreren der Eigenthümer ist, sondern nur der Erwerb des Eigenthums durch einen anderen ungewiss sei (Eigenthumsübertragung unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung); b) die Fälle, in denen in der That das Eigenthum selbst ein schwebendes sei, d. h. ungewiss sei, wer überhaupt Eigenthümer ist, dies sich erst durch ein späteres Ereignis entscheide, dann aber rückwärts gewiss werde, wer Eigenthümer war (Vindicationslegat vom Standpunkt der Proculianer, sei es unbedingt oder bedingt, nicht aber vom recipierten Standpunkt der Sabinianer,

aber bezieht sich die Pendenz darauf, ob das Erbvermögen über-

---

wonach beim unbedingten Legat sofort der Legatar, beim bedingten in der Zwischenzeit der Erbe Eigenthümer ist, suspendiert also nur die Frage des Eigenthumsverlustes sei — während Vangerow den Fall des unbedingten Eigenthumslegates, obwohl er die Ansicht der Sabinianer als die recipierte betrachte (II. § 529), dennoch zu den Fällen des schwebenden Eigenthums zähle (I. § 301). Schwebendes Eigenthum S. 4 fg., 23 fg.; S. 17; Pand. a. a. O.

Dem gegenüber ist zu betonen, dass auch bei vorläufiger Zuweisung des Eigenthums an eine der beiden Parteien dann ein Schwebeverhältnis besteht, wenn dem späteren Ereignis rückwirkende Kraft zukommt (wie der Repudiation des Legatars nach der Lehre der Sabinianer). S. oben I. S. 404. Vgl. ferner: Fitting Rückziehung S. 15 fg., pecul. castr. S. 304 fg., Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 210 A. 277, Karlowa Rechtsgesch. S. 14, a, b, Enneccerus Rechtsgesch. S. 236, bes. S. 237 sub 3, Mitteis Stellvertretung S. 254 zu A. 324; Salkowski Sklavenerwerb S. 213; Brinz IV. § 537 S. 115. — Dass nur dann, wenn das Eigenthum vorläufig keiner der beiden Parteien zugewiesen ist, von Pendenz gesprochen werden könne, beweist auch nicht die l. 12 § 5 de usufr. (7, 1) (dazu l. 25 § 1, l. 70 § 1 eod., l. 43 § 10 de aedil. ed. 21, 1, l. 43 § 2 de acq. r. d. 41, 1), obwohl hier für pendentes Eigenthum nur solche Beispiele erwähnt werden; es sollte damit nur der Gegensatz zum vorher behandelten Falle ausgesprochen werden, wo überhaupt keine Pendenz besteht: bedingtes Eigenthumslegat nach Sabinianischer Auffassung. (Ueber diese Stelle vgl. Fitting Rückziehung S. 24 fg.) Was die Pendenz bei vorläufiger Eigenthumszutheilung betrifft, so erwähnt Enneccerus a. a. O. S. 238 fg. zwei mögliche Auffassungen des Verhältnisses bei Beseitigung der Pendenz: a) der bisher angenommene Zustand sei wirklich vorhanden gewesen, er werde aber später so behandelt, als ob er nie vorhanden gewesen wäre; b) der bisher angenommene Zustand sei nie vorhanden gewesen, vielmehr nur eine provisorische Regelung, in Wahrheit aber ein falscher Schein. Enneccerus entscheidet sich für die zweite Alternative; aber für das unbedingte Vindicationslegat nach Ansicht der Sabinianer dürfte Gaius II. 195 die erstere Alternative unterstützen. Ueber das von E. angeführte Beispiel des filius familias eines captivus s. im Anhange. Man denke ferner an das castrensische Eigenthum bei testamentslosem Ableben des filius familias miles (Anhang). Vgl. auch den Fall einer erneuerten Delation der Erbschaft: oben I. S. 338 A. 1, dazu c. 7 § 9 C. de cur. fur. (5, 70): „— — quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta (sc. bona)". Vgl. ferner Regelsberger Pand. I. § 118 A. 11. — Fitting Rückziehung S. 19 (118 fg.) sagt, dass „das römische Recht allen Fällen der Rückziehung ganz gleiche Merkmale zu erkennt. Wir

haupt einen Universalsuccessor, also ein Subject hat oder nicht[1]). Aber diese Alternative steht der Annahme eines Pendenzverhältnisses ebenfalls nicht im Wege[2]), selbst dann nicht, wenn der

---

finden stets einen Zustand der Schwebe, der Ungewissheit, des Zweifels, welcher erst durch die Gestaltung eines späteren Ereignisses beseitigt wird". (S. oben I. S. 111; aber auch S. 407, 416, 420, 445 fg.) Er anerkennt aber doch zwei Arten des Schwebeverhältnisses, eod. S. 14 A. 15, S. 20; pecul. castr. S. 304 fg.

[1]) Diese Ungewissheit würde dann noch keine wahre Pendenz begründen, wenn der spätere Eintritt einer dieser beiden Eventualitäten seine Wirkung nur für die Zukunft äussern würde („Vorwirkung" im Sinne Fitting's); sondern nur dann, wenn er so behandelt wird, wie wenn er schon von Anfang erfolgt wäre. In diesem Falle haben wir in der That ein „schwebendes Erbrecht"; von „schwebendem Eigenthum" könnte nur dann gesprochen werden, wenn ein „dominium hereditatis" angenommen wird. S. oben I. S. 39 in A. 4; zu den das. Citierten s. ferner: Hofmann in Grünhut's Zeitschr. VIII. S. 557 A. 2, S. 591 A. 71; vgl. ferner Meissels Verzicht S. 106 fg.; Puntschart a. a. O. S. 402 fg.

[2]) Solche Fälle lassen sich auch anderwärts denken. Fitting Rückziehung S. 63 erwähnt den Fall, dass Sachen, an denen jus postliminii bestand, in die Gewalt des Feindes gekommen sind. Wir fügen hinzu: das Rechtsverhältnis des Vermögens eines captivus vor der lex Cornelia; und nach derselben in Betreff der unvererblichen Rechte (s. unten Anhang). Oder: man denke an den Eigenthumserwerb durch den servus usufructuarius mit Creditierung des Kaufpreises (Stellen und Lit. bei Kuntze d. servus fructuarius §§ 15 fg., Salkowski Sklavenerwerb S. 197 fg.), und nehme an, dass der Eigenthümer den Sklaven während der Pendenz des Erwerbes derelinquiert. Der usufructus bleibt bekanntlich davon unberührt (s. die Stellen bei Fitting Rückziehung S. 81 fg., weitere Lit. bei Steinlechner juris communis II. S. 230 A. 1). Erfolgt nun die Zahlung ex re fructuarii, dann ist natürlich dieser Eigenthümer geworden, eben weil sein Recht noch fortbestand. Im entgegengesetzten Falle hat die für den Fall nachträglichen Verlustes des usufructus bestandene Controverse (Salkowski a. a. O. S. 210 fg.) auch für unseren Fall eine gewisse Bedeutung; d. h. die vom Sklaven erworbene Sache fällt entweder dem Derelinquenten zu, oder sie verbleibt dem Verkäufer, oder sie ist herrenlos — nach dem Gesichtspunkte, dass der Verkäufer sein Eigenthum jedenfalls verloren hat. Bei der dritten Eventualität hätten wir eine Pendenz zwischen Eigenthum des Fruchtniessers und Herrenlosigkeit der Sache. Wäre die Tradition an den Sklaven erst nach der Dereliction des letzteren erfolgt, dann könnte

rechtliche Zustand der Zwischenzeit so geregelt ist, als ob das Vermögen noch seinen alten Herrn hätte. Es wird auch eine Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, den Unterschied der Pendenz mit und ohne vorläufige Regelung der Eigenthumsfrage, wie für einige andere Fälle, so auch für die Erbschaft zu erproben.

Aus der hier vertretenen Auffassung der rechtlichen Natur der hereditas jacens muss sich allerdings eine Reihe von Folgesätzen ergeben, die vom Standpunkte der herrschenden Lehre entweder überhaupt nicht anerkannt sind oder, sofern sie dennoch aufgestellt werden, in dieser Lehre keine ausreichende Begründung finden. Unsere Aufgabe also ist es, diese Consequenzen aus dem angegebenen Gesichtspunkte zu entwickeln und auf die Quellen zu prüfen.

Dieselben lassen sich u. E. auf zwei Hauptkategorien zurückführen:

a) Rechtliche Bedingtheit aller die hereditas jacens betreffenden Rechtsverhältnisse, der überkommenen wie der neu begründeten;

b) Unverwendbarkeit des Rückwirkungsprincips für die Beurtheilung aller rechtlichen Vorgänge während des Zeitraumes der hereditas jacens.

§ 43. I. Zustand rechtlicher Bedingtheit aller Verhältnisse während der hereditas jacens.

Die Anerkennung bezw. Genehmigung des Erbschaftsdelaten (Erbeserklärung, Erbantritt) erscheint als das zweite wesentliche Moment der erbrechtlichen Universalsuccession, während das erste

---

von der ersten Eventualität natürlich keine Rede sein. — Oder: man setze den Fall einer schenkungsweisen Tradition an einen Geschäftsführer ohne Auftrag, mit eventueller Dereliction bei Ausbleiben der Ratihabition des Geschäftsherrn. (Ob in der Tradition schon an sich eine eventuelle Dereliction enthalten sei, hierüber vgl. Exner Tradition S. 13 A. 30, Randa Besitz 3. Aufl. S. 488 fg. [Vgl. den § 388 österr. a. b. G. B.] Jedenfalls aber darf die Tradition nicht als Dereliction mit Occupation aufgefasst werden; s. Exner a. a. O. S. 10 fg., 13 fg.; Randa Eigen-

Moment in dem mit dem Tode des Erblassers unwiderruflich gewordenen [1]), aber noch unwirksamen, weil einseitigen Willen, der den Universalsuccessor setzte, besteht. Jene Genehmigung ist also nicht bloss declaratorischer, sie ist auch constitutiver Natur, weil erst durch sie der einseitige Act der Erbesernennung (rückwärts) wirksam wird [2]). Und in diesem Sinne kann immerhin von einer durch das Gesetz selbst gestellten Bedingung für das Erbewerden gesprochen werden [3]).

Diese rechtliche Bedingtheit des Eintrittes der Universalsuccession hat aber nothwendig auch die Bedingtheit alles dessen zur Folge, was das Erbvermögen betrifft. Der rechtliche Zustand des letzteren, in welchem man es als hereditas jacens bezeichnet, also im Sinne der Erhaltung des Nachlasses als eines Vermögensganzen und damit aller einzelnen Rechtsverhältnisse, sowie der Möglichkeit rechtlicher und ökonomischer Entwickelung, — ist, wie man gewöhnlich sagt, das Mittel für den Zweck, den Eintritt der Universalsuccession zu ermöglichen [4]); richtiger

---

thum I. 2. Aufl. S. 269 A. 7; Pfaff-Hofmann II. S. 4 A. 6; dagegen z. B. Puchta Inst. II. § 236 vor A. k.; Girtanner dogm. Jahrb. III. S. 235 fg. (mit Verweisung auf l. 78 § 1 de contrah. emt. 18, 1), Leist bon. poss. I. § 40, b. 2.). Vgl. auch Regelsberger Pand. I. § 123 S. 451.

[1]) Daher für die einseitige gewillkürte Erbfolge der Name ‚letzter Wille'; l. 1 § 1 de B. P. sec. tab. (37, 1); l. 19 C. de test. (6, 23); vgl. auch l. 1 § 1 de leg. III. (ähnlich l. 13 § 2 de test. mil. 29, 1).

[2]) I. S. 439 fg., II. S. 9 fg.

[3]) I. S. 339 A, S. 414 fg., S. 441 fg.; II. S. 13 A. 2). Dass der Ausstand eines gesetzlichen Erfordernisses selbst, nicht das Ausbedingen desselben durch die Partei, ein Suspensionsverhältnis zu bewirken vermag, sagt l. 43 § 10 de Aedil. ed. (21, 1): ‚Interdum, etiamsi pura sit venditio, propter juris conditionem in suspenso est', und als Beispiel wird die Pendenz des Eigenthums beim Erwerb durch den servus fructuarius erwähnt.

[4]) Dusi l. c. meint allerdings, der Zweck, das Vermögen an den Erben zu bringen, sei nicht der Zweck der hereditas, sondern des Erbrechts; Zweck der Erbschaft sei, für das Vermögen ein Subject zu finden, dasselbe also habe ein solches noch nicht (S. 96, 102, 200). Nun ist ja der Zweck, die Erbfolge zu ermöglichen, allerdings der Zweck des ganzen Erbrechts, mittelbar aber doch auch Zweck des Instituts der hereditas jacens, bezw. letztere ist das Mittel zu jenem Zwecke. Der

sollte man sagen: die Folge des bereits in der Schwebe befindlichen Erbrechts des Berufenen. Um der Möglichkeit der Genehmigung des Berufenen willen musste der Nachlass vom Tode des Erblassers an in jenem Zustande rechtlicher Gebundenheit verbleiben, in welchem man überhaupt von einem „Vermögen" sprechen kann. Deficiert nun diese gesetzliche „Bedingung", dann zeigt sich, dass der erbsetzende Wille machtlos war, dass von Anfang jener Zustand bestanden hat, der bestehen würde, wenn es überhaupt keine Universalsuccession von Todes wegen geben würde. Und dieser Gesichtspunkt muss sich nun in folgenden Richtungen realisieren.

a) In Betreff der rechtlichen Existenz der Erbschaft als solcher.

In verschiedenen Abhandlungen über die hereditas jacens wird die Frage aufgeworfen, wie es sich dann verhalte, wenn es zu keiner Erbfolge, überhaupt zu keiner Universalsuccession kommen sollte? Und diese Frage wird von einzelnen Schriftstellern dahin beantwortet, dass dann von Anfang gar keine hereditas bestanden habe, dass mit dem Tode des Erblassers alle unkörperlichen Sachen (Rechte) untergegangen und nur die körperlichen Sachen, aber als rechtlose Masse übrig geblieben seien. Vereinzelt wurde gegen diese Auffassung wol auch Wiederspruch erhoben[1]). Vom Standpunkt der herrschenden Lehre in Betreff der hereditas jacens ist jene Ansicht, obwol sie auf einem gesunden Gefühle beruht, keineswegs consequent. Wird nämlich die Erbschaft bis zum Antritte des Erben, sei es mit oder ohne Fiction eines Subjectes, als ein selbständiges Vermögen betrachtet, welches erst mit dem Antritte im eigenen Vermögen des Erben unter-

---

Zweck aber, für das Vermögen im Berufenen ein Subject zu finden, würde an sich noch nicht ausschliessen, dass einstweilen die Erbschaft selbst Subject sei. Allerdings meinen wir letzteres auch nicht, aber aus anderen Gründen.

[1]) S. oben I. S. 187 A. 1 zu Ihering. Derselbe nimmt denn auch einen Zustand der Bedingtheit in Betreff der hereditas jacens an; nur meint er, dass die Fiction der Persönlichkeit vor der der Rückziehung den grossen Vortheil habe, dass bei ihr in der Zwischenzeit nicht Alles

geht, so kann das Ausbleiben der Universalsuccession, wie man glauben sollte, doch nur die Wirkung haben, dass der Nachlass als Vermögensganzes erst von jetzt angefangen nicht mehr existiert: wie soll er, was er war, nicht gewesen sein? [1]). Für die Annahme solchen Unterganges nach rückwärts läge allerdings dann, wenn die Erbschaft angetreten wird, in dem Satze von der Rückbeziehung dieses Antrittes wenigstens für diejenigen, welche diesem Satze eine Realität beimessen, eine Stütze vor, die den Gegnern der Retrotraction ebenfalls fehlt; wird aber die Erbschaft nicht angetreten, dann fehlt es ja überhaupt an einem Momente, dem rückwirkende Kraft zukäme. Vielleicht wird eingewendet: die hereditas ist nur das technische Mittel, die freiwillige Succession zu ermöglichen — bei der nothwendigen Succession gibt es eine solche (im Allgemeinen) nicht —; bleibt also die Succession aus, so hat es eine hereditas nie gegeben. Darauf aber ist zu fragen, ob ein Mittel deswegen, weil es seinen Zweck verfehlt hat, selbst nicht existierte?

Vom Standpunkt unserer Auffassung ist das obige Axiom nur eine nothwendige Consequenz: indem der Zustand rechtlicher Gebundenheit nur der Reflex des wegen noch nicht erfolgter Genehmigung in der Schwebe befindlichen Erbrechts des Berufenen ist, muss bei Versagung der Genehmigung jener Zustand als von Anfang vorhanden angenommen werden, der bestände, wenn es gar keine Erbfolge gäbe; d. h. alles Unkörperliche hat mit dem Tode des Erblassers aufgehört, übrig geblieben ist nur das Körperliche, und dieses als herrenlos [2]).

Allerdings muss betont werden, dass, wenn vom Eintritt eines Universalsuccessors als rechtlicher Bedingung für den Fortbestand der Vermögensverhältnisse gesprochen wird, nicht bloss an den durch den Erblasser oder das Gesetz [3]) berufenen Erben

---

suspendiert sei (Abh. S. 173, 156 fg.). Eine Schwebe übrigens liegt ja auch bei der Resolutivbedingung vor (eod. S. 167. S. oben II. S. 17 fg). Vgl. ferner Scheurl Beitrag I. S. 32 fg., S. 64; Köppen de vi quam retro ex. p. 30, 48; Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven S. 49.

[1]) S, oben I. S. 67 fg. Ueber eine ähnliche Frage: I. S. 443 A.

[2]) S. oben I. 186 fg.

[3]) L. 1—3 de H. P. (5, 3), l. 2 fam. erc. (10, 2).

bezw. Nacherben [1]) gedacht werden darf, sondern an Jedermann, dem durch positive Bestimmung die rechtliche Stellung eines Universalsuccessors (heredis loco esse) [1a]) eingeräumt ist: Legatar [2]), Fiscus [3]), Gläubiger [4]); denn der Eintritt eines Universalsuccessors setzt die Erhaltung der universitas voraus [5]). Denkbar wäre allerdings auch, dass beim Mangel eines Universalsuccessors der Nachlass von Anfang einen anderen juristischen Charakter hatte; und nach römischem Rechte war dies der Fall [6]) beim peculium castrense des Haussohnes, wenn er nicht ex testamento beerbt wurde. Derselbe konnte überhaupt nur einen testamentarischen Erben haben, und beim Mangel eines solchen war sein Vermögen ein peculium; die Quellen sagen aber auch, dass von einer hereditas desselben gar nicht gesprochen werden könne, wenn nicht sein Testament durch den Antritt des eingesetzten Erben confirmiert wird [7]).

---

[1]) Substitut, Transmissar, Miterbe, successiver Delat.

[1a]) L. 128 § 1 de R. J.: „Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur".

[2]) Nach österr. Recht § 726 a. b. G. B. werden beim Ausfalle der testamentarischen und der gesetzlichen Erben „die Legatare verhältnismässig als Erben betrachtet". Literat. oben I. S. 337 A. 7, dazu Krainz II. § 507; ferner später.

[3]) Zu § 760 österr. b. G. B. s. Unger VI. § 90, Pfaff-Hofmann II. S. 785 fg., Krainz II. § 491. Schiffner a. a. O. § 61. — Vgl. auch Dusi l. c. S. 195 fg.

[4]) In der alten venditio bonorum mortui (cui heres non extabit). S. oben I. S. 187 A. 3 u. 5.

[5]) Für die Existenz der hereditas testamentaria als solcher ist rechtliche Bedingung der Eintritt gerade nur des eingesetzten Erben. Damit hängt zusammen, dass nach dem alten Legatenrechte die Erbeinsetzung der Anordnung des Legates vorangehen musste. Dies wird von Gaius (II. 229) damit motiviert, dass die Erbeinsetzung „caput et fundamentum totius testamenti" sei; für die Proculianer aber war auch der Gesichtspunkt massgebend, dass durch das Legat etwas „ex hereditate erogatur" (eod. 231). Erogieren konnte der Erblasser nur aus der hereditas testamentaria (s. sub b.); diese aber ist eben nur vorhanden, wenn der letzte Wille vom Eingesetzten genehmigt wird.

[6]) Vgl. auch Gaius III. 56 fg.; Vangerow über die Latini Juniani § 25.

[7]) L. 18 pr. de stip. serv. (45, 3); l. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2); l. 14 de castr. pec. (49, 17). S. unten im Anhange.

b) In Betreff der Wirksamkeit der vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse.

Nach römischem Rechte ist die Wirksamkeit der in einem Testamente bezw. testamentarischen Codizille angeordneten Vermächtnisse, wie überhaupt aller darin enthaltenen Verfügungen im Prinzip an den Eintritt — nicht irgend eines Universalsuccessors, sondern gerade — eines der vom Erblasser eingesetzten Erben, obzwar nicht nothwendig des mit dem Vermächtnis beschwerten Erben geknüpft [1]). Hiernach erscheint das Vermächtnis nicht bloss überhaupt als eine Minderung dessen, was universo jure auf Jemanden übergeht, sondern als eine Minderung der gerade vom Erblasser selbst vergebenen Erbschaft [2]) bezw. des Werthes derselben [3]), — während diesem für den Fall, dass das Gesetz die Erbschaft vergibt, ein Einfluss auf dieselbe ursprünglich nicht zukam. Letzteres hat sich freilich allmählig geändert durch das Institut des Intestatcodizills und die Möglichkeit der Codizillarclausel [4]). Hievon abgesehen war mit jenem Prinzip die Gefahr einer „Rechtsvereitelung" seitens der Testa-

---

[1]) S. die Stellen bei Windscheid III. § 563 No. 2, § 639 No. 5, § 641.

[2]) L. 116 pr. de leg. I.: ‚Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.' Arndts in Glück 46 S. 15, 18. Damit hängt die Vorschrift des alten Rechts zusammen, dass die Erbeinsetzung der Anordnung von Legaten vorauszugehen habe: Gai. II. 229, 269, Ulp. fr. XXIV. 15, Paulus r. s. III, 6 § 2, § 34 J. de leg. (2, 20). [Vgl. die Begründung des Gegentheiles bei Ernennung eines tutor nach Gaius II. 231: ‚quia nihil ex hereditate erogatur'.]. Ebenso der Satz, dass ‚nihil ab herede heredis relinqui potest': Paulus III. 6 § 5, Ulp. fr. XXIV. 16, Gai. II. 232; dass ‚a legatario legari non potest': Gaius II. 271, 260, Ulp. XXIV. 20, pr. J. J. de sing. reb. (2, 24). Arndts a. a. O. S. 14.

[3]) Vgl. Arndts a. a. O. S. 15, 120; Pernice Labeo III. 1 S. 63. Die Bestimmung des Vermächtnis-Begriffes interessiert uns hier nicht näher; Liter. bei Arndts Pand. § 541 A. 1 i. f., dazu auch Ferrini teoria generale dei legati e fedecommessi, 1889 S. 50 fg.; insbes. ferner Pfaff-Hofmann Excurse II. S. 316 fg.

[4]) Windscheid III. §§ 630, 631. Für das österr. Recht vgl. Unger VI. § 56, Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 63, 393.

mentserben zum Nachtheil der Vermächtnisnehmer gegeben [1]). Doch statuiert schon das römische Recht mehrere Ausnahmen von jenem Prinzip [2]); und zu diesen Ausnahmen gehört namentlich der Fall, dass der Testamentserbe gerade zur Vereitelung der Vermächtnisse [3]) die Erbschaft aus dem Testamente ausschlägt: er soll dadurch zwar seines Intestaterbrechts nicht verlustig werden [4]), es sollen aber auch die Vermächtnisse nicht ihre Wirksamkeit verlieren [5]). Das moderne Recht, z. B. das österr. allg. bürg. Ges.-Buch, geht da überhaupt weiter, indem es die in einem giltigen aber nicht wirksam gewordenen Testamente [6]) angeord-

---

[1]) Für das Singularvermächtnis hält das röm. Recht an dem Prinzipe fest, welches in l. 17 si quis omissa causa (29, 4) ausgesprochen ist: „— nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt"; und es wird hinzugefügt, dass der beim Erbschaftsvermächtnis mögliche Zwang zum Antritte der Erbschaft nicht auch für das Einzelvermächtnis gelte. Deshalb hat sich ja das röm. Recht abgemüht, das richtige Mittel zu finden, um den eingesetzten Erben, wenn der Testator von der ihm schon durch die zwölf Tafeln garantierten Möglichkeit, beliebige Legate auszusetzen, einen übermässigen Gebrauch machte — was nach Gaius beinahe eine Manie der Testatoren gewesen zu sein scheint — zum Erbschaftsantritte zu bestimmen und dadurch die Legate zu retten. Gaius II. 224 fg. Vgl. dazu Lassalle Syst. der erworb. Rechte II. S. 68 fg., 72 fg. (Zur Frage, ob in den von den Testatoren beliebten Auswegen eine eigentliche Gesetzesumgehung enthalten war, s. jetzt J. Pfaff z. Lehre vom sog. in fraudem legis agere (1892) S. 123; dazu vgl. auch Ihering Scherz und Ernst S. 151.

[2]) Windscheid III. § 641 (639), Arndts Pand. § 552 (543).

[3]) Die Quellen sprechen von „circumvenire voluntatem defuncti" (l. 1 pr., l. 4 si quis omissa causa l. 29, 4, l. 92 de cond. et dem. 35, 1), „evertere judicia", „in necem, in fraudem legatariorum" (l. 1 § 13, l. 4 pr. § 1 ibid. 29, 4).

[4]) L. 17 § 1 de acq. her. (29, 2); s. auch l. 77 eod. Windscheid III. § 599 A. 14.

[5]) Tit. Dig. si quis omissa causa test. (29, 4), tit. Cod. si om. sit causa test. (6, 39). Windscheid III. § 641 No. 3. — Das österr. G. B. schlägt in dieser Beziehung einen anderen Weg ein: § 808 a. b. G. B.; derselbe ist aber im Hinblick auf § 726 in den meisten Fällen überflüssig; Unger VI. § 37 A. 6 (§ 25 A. 2), Krainz II. § 509.

[6]) „Testamentum irritum" (s. oben I. S. 421 A. 4). Freilich wird dieser Ausdruck auch für andere Fälle der Unwirksamkeit gebraucht:

neten Vermächtnisse als eine Last der Erbschaft behandelt, die also Jeden trifft, der als Universalsuccessor den Nachlass erhält — nicht bloss einen testamentarischen Nacherben oder Miterben, sondern auch den gesetzlichen Erben, den Fiscus [1]); ja das österr. Gesetzbuch lässt sogar die Legatare eintreten [2]), u. z. vor dem Fiscus [3]), und so erscheint hier, im Gegensatz zum röm. Rechte, das Vermächtnis in der That als unabhängig vom Antritte des eingesetzten Erben [4]) [5]).

Worauf beruht es nun, dass der Eintritt eines Universalsuccessors die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Legate

---

§§ 5 fg. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17), l. 6 § 11 de injusto (28, 3), l. 16 de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 28 de cond. inst. (28, 7). Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 550.

[1]) Allg. bürg. Ges.-B. §§ 563, 606, 726, Verlass. Pat. v. 9. Oct. 1854 § 129. (Vgl. auch § 650 a. b. G. B.). Unger VI. § 38 A. 4, § 19 A. 9, § 25 A. 2 (§ 55 A. 5), Pfaff-Hofmann Com. II. S. 91 fg., S. 225 fg., S. 668 fg. (S. 399 fg.; dazu Salkowski in Glück 49 S. 7 fg.)

[2]) § 726 a. b. G. B. (Cit. oben I. S. 337 A. 7, II. S. 24 A. 2). Damit hat dieses Gesetz schon am Anfange dieses Jahrhunderts das verwirklicht, was Ihering dogm. Jahrb. X. S. 323 (Gesammelte Aufs. II. S. 150) als Postulat für eine künftige Gesetzgebung hinstellt. — Für das römische Recht ist dieser Punkt im Hinblicke auf nov. 1 c. 2 bestritten; Lit. bei Windscheid III. § 563 A. 8; vgl. auch Ihering a. a. O. S. 323 fg. (bezw. S. 150 fg.). Vgl. übrigens auch l. 13 § 4, l. 14 de test. mil. (29, 1), l. 42 de fideicomm. lib. (40, 5). — Zum Prinzip, welches in Gaius III. 33, § 2 J. de bon. pos. (3, 10) ausgesprochen ist, hätte eine solche Bestimmung jedenfalls gepasst. — Mit der Bestimmung des § 726 österr. b. G. B., dass eventuell ‚die Legatare verhältnismässig als Erben betrachtet' werden, dürfte auch eine Antwort auf die Frage gegeben sein, ob es im österr. Rechte wirklich ‚keinen gesetzlichen Anhaltspunkt' gebe für die Annahme einer Gesammtnachfolge von mehreren mit res certae Bedachten, verbunden mit stillschweigenden wechselseitigen Prälegaten (vgl. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 14 A. 4) — von der Analogie der röm. divisio parentis inter liberos nicht zu reden.

[3]) Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 671 No. VIII.

[4]) S. oben I. S. 306 A. 5, S. 400 A. 1 (ausserdem Krainz Syst. II. § 518.

[5]) Vgl. das jus pontificium in Betreff der Verpflichtung zur Prastation der sacra. Hölder Beitr. z. Gesch. d. röm. Erbr. S. 137 fg. mit weiteren Citaten; Karlowa röm. Rechtsgeschichte II. 2. S. 901 fg. Vgl. auch Ihering Scherz u. Ernst S. 162 fg. Vgl. ferner nov. 1 cc. 1, 4.

bildet? [1]). Für das röm. Recht möchte man vielleicht sagen: das Legat ist eben ein Accessorium des Testamentes, steht und fällt also mit diesem [1a]). Aber dieser Gesichtspunkt trifft in den erwähnten Ausnahmsfällen, ferner bei dem Intestatcodizill und der Codizillarclausel nicht zu, für das österr. Recht würde er überhaupt nicht ausreichen. Der wahre Grund kann nur in dem System der Universalsuccession [2]) gesucht werden: die Gesammtheit des Vermögens als eine juristische Einheit ist es, die nach dem Tode einer Person aufrecht erhalten wird und auf einen Successor übergeht; das Einzelne wird nur in dieser Gesammtheit und durch dieselbe erhalten [3]). Die Gesammtheit existiert nur unter der Voraussetzung, dass sie einen Successor findet; der Erblasser kann daher auch nur aus dieser Gesammtheit [4]), also wieder nur unter der erwähnten Voraussetzung, etwas Einzelnes, sei es direct (per vindicationem), sei es indirect (per damnationem) vergeben. Und wie der Erbe selbst das Einzelne nur durch die Gesammtheit („per universitatem") erwirbt [5]), so auch der Legatar durch dieselbe bezw. mittels derselben [6]). Durch die Anordnung eines Vermächtnisses legt der Erblasser auf sein Vermögen eine Satzung (legem dicere rei suae) [7]), die aber, weil einseitig, nach seinem Tode nicht von selbst wirksam werden kann. Indem aber der berufene Erbe durch seinen Antritt den

---

[1]) Ausgenommen die Legatare würden selbst Erben werden. Wie aber, wenn auch sie die Erbschaft ausschlagen würden und auch der Fiscus nicht eintreten wollte? Practisch wird da wohl der Fall der Concurseröffnung (§ 62[2] der C. O.), oder der der Einantwortung jure crediti (§ 73 Verlass. Pat.), oder der des Mangels eines Vermögens (§ 72 eod.) vorliegen. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 672 fg. No. IX. berufen sich auf § 129 Verl. Pat.

[1a]) Vgl. auch l. 3 § 2 de jure codicill. (19, 7).

[2]) In seiner reinen, nicht in der so vielfach modificierten Gestalt.

[3]) L. 36 de stip. serv.

[4]) L. 116 pr. de leg. I.: „— ex eo, quod universum heredis foret". Vgl. aber dazu Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 391 A. 27.

[5]) Gaius II. 97, 98, 191. S. unten.

[6]) Vgl. l. 80 de leg. II.

[7]) Oben I. S. 403, 430 fg.; Arndts in Glück 46 S. 8 fg.; s. ferner Pernice Labeo I. S. 472 fg., III. 1. S. 19 fg., 25 fg., 97 fg.; Pfaff-Hofmann

einseitigen Berufungswillen genehmigt, genehmigt er ihn nach allen Richtungen, nämlich auch in Betreff der besonderen leges dictae [1]). Dies sagt denn auch Papinian mit Bezug auf Fideicommisse in dürren Worten [2]). Und wenn die Quellen zur Be-

---

Comm. II. S. 388 A. 15, 391 fg., 427; Exc. II. S. 317; 197. Vgl. ferner Lassalle Syst. der erworb. R. II. S. 179; Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 260 fg.; Ferrini l. c. S. 7 fg. Ueber die Frage, ob das Rechtsgeschäft überhaupt, oder bloss das Testament ein Act der Privat-Autonomie sei, s. die Lit. bei Brinz IV. 1 § 522 S. 6 A. 6 (dazu I. § 34 i. f.)

[1]) Vgl. l. 3 § 2 quib. ex caus. (42, 4): „Si pupillus heres extiterit alicui, exque ea causa legata debeat . .“. Auch die in einem testament. Codizill enthaltenen Vermächtnisse fallen unter denselben Gesichtspunkt; s. z. B. l. 2 § 2, l. 3 § 2, l. 14 de jure codic. (29, 7); und selbst beim Intestatcodizill, obwohl sich hier ein letzter Wille mit dem Willen des Gesetzes verbindet, wissen sich die Römer zu helfen: l. 3 pr. eod.

[2]) L. 55 § 2 ad Sen. Cons. Treb. (36, 1): „— quum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur“. (S. oben I. S. 421.) Ferner l. 14 § 3 eod.: „— per aditionem — — et sequentes tabulas confirmari —; nemo enim dubitat, et legata praestari, et libertates competere — —“. Vgl. auch die oben (II. S. 11 A. 1) cit. u. im Folgenden (sub c.) verwerthete c. 7 C. de liberali causa (7, 16). — Die im Erbschaftsantritte liegende Genehmigung des ganzen Willen des Erblassers bedeutet hinsichtlich der Vermächtnisse, je nach der Structur derselben, entweder die Anerkennung der Ausscheidung eines Vermögensstückes aus der Erbschaft, oder die Anerkennung einer dem Erben auferlegten Verpflichtung (modus); — allgemein die Anerkennung des Erbvermögens als eigenen Vermögens, in der Gestalt, die ihm der Erblasser gegeben hat, vermindert, sei es in natura oder dem Werthe nach, durch Legate. — Ob es dabei auch einer besonderen Genehmigung seitens des Legatars bedarf, das ist eine Frage für sich. (S. oben I. S. 395 fg.) — Hölder a. a. O. meint, beim extraneus heres „könnte man sagen, dass er durch den Erbschaftsantritt den Willen des Testators sich aneigne“; dem aber widerspräche das legatum per vindicationem und die testamentarische Freiheitsertheilung (S. 262): hier erweise sich der Wille des Verstorbenen als ein vom Willen des Erben durchaus verschiedener (S. 260, 262). Aber die Geltung jenes Willens ist doch auch nach H. bedingt durch diesen Willen (eod. S. 260). Sokolowski a. a. O. S. 550 spricht sich wieder gegen den Gesichtspunkt der Ratihabition, und für den der Unterwerfung unter die lex privata des Erblassers aus (s. oben S. 10 A. 2). — Der gleiche Ge-

gründung der Verpflichtung des Erben gegen den Legatar sich mit dem Gesichtspunkte des „Quasi-Contracts" behelfen [1]), so ist dieser Nothbehelf mit der obigen Begründung keineswegs in Widerspruch [2]).

c) In Betreff der Wirksamkeit der vom Erblasser bei Lebzeiten an Sachen des Erben getroffenen Verfügungen.

Wenn Jemand, der über eine fremde Sache rechtlich verfügt (z. B. sie veräussert, verpfändet) hat, später Eigenthümer derselben wird, z. B. dadurch, dass er den Eigenthümer beerbt, so kann man zwar nicht sagen, dass jene Verfügung dadurch convalesciere, aber sie gelangt indirect in der Weise zur Wirksamkeit, dass der Vindication des nunmehrigen Eigenthümers die

---

sichtspunkt besteht natürlich auch bei Belastung eines anderen Honorierten, z. B. beim Sublegat: der Legatar, welcher sein Legat ‚agnosciert', anerkennt damit auch die Belastung desselben. Salkowski in Glück 49 S. 55 A. 93. Der Berufungswille kann übrigens auch für Vermächtnis und Erbfolge ein verschiedener sein (Intestat-Codizill), was für unsere Frage nichts ändert; und etwas Aehnliches könnte vorkommen bei den sog. gesetzlichen Legaten, sofern dieselben einen letztwillig Honorierten beschweren. (Schiffner d. sog. gesetzl. Vermächtnisse 1895, S. 16 fg.)

[1]) S. die Stellen oben I. S. 425 A. 10; Salkowski a. a. O. S. 53 fg. (45 fg.); Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 492; Hölder a. a. O. S. 265.

[2]) Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 492 bemerken in Betreff jener obligatio quasi ex contractu: ‚Indem der Erbe die Erbschaft antritt, erklärt er sich stillschweigend bereit, die mit der Erbschaft verbundenen Lasten zu tragen —'. ‚Die obligatio zwischen dem Erben (und dem Legatar) beruht also einerseits auf dem Befehle des Testators, andererseits auf Unterwerfung des Erben unter denselben, die in der Antretung mitenthalten ist. Die Obligation beruht somit auf zwei rechtsgeschäftlichen Willen —, welche sich darum nicht zu einem Vertrage zusammenschliessen können, weil sie als bindende nicht gleichzeitig vorhanden sind —'. — Wir stimmen dem vollständig bei, nur haben wir die rechtliche Natur jener ‚stillschweigenden Unterwerfung' näher zu bestimmen gesucht. — Was noch die mit der Verpflichtung des Erben unmittelbar (oben I. S. 395 A. 3, S. 397 A. 4; Salkowski a. a. O. S. 2 fg.) entstehende Forderung des Legatars betrifft — die im ältern röm. Rechte nur bei einem Theile der Legate,

exceptio doli entgegensteht [1]). Die letztere Folge soll aber auch dann eintreten, wenn der verfügende Nichteigenthümer später vom Eigenthümer der Sache beerbt wurde [2]).

Für den ersteren Fall ist der Entscheidungsgrund offensichtlich: der Verfügende macht sich eines dolus schuldig, wenn er seine eigene frühere Handlung nicht gelten lassen, sie bestreiten will. Welches ist aber der Grund für die Entscheidung des zweiten Falles? Hier will ja nur der Erbe des Verfügenden die Handlung des letzteren nicht anerkennen.

In der Literatur wird der Umstand, dass auch gegen den Eigenthümer als Erben des verfügenden Nichteigenthümers Schutz gewährt wird, auf die durch den Erbgang bewirkte Vermögensconfusion, auf die Personeneinheit zwischen Erblasser und Erben zurückgeführt, — sei es, dass er als eine dem Uebergang der Schulden des Erblassers coordinierte Folge der Personeneinheit, sei es, dass er als eine Anwendung des Prinzips gedacht wird, dass der Erbe für die Obligationen des Erblassers einstehen muss, so dass jener Satz zunächst nur die Obligationen betreffen, und dass nur indirect (per exceptionem) dingliche Verträge concalescieren würden [3]).

---

im Justin. Rechte auch beim anderen Theile, und im österr. Rechte die ausschliessliche Wirkung bildet —, so ergiebt sich dieselbe wieder aus dem Gesichtspunkte der Genehmigung der mit einem modus belasteten Erbeinsetzung (vgl. den Fall einer sub modo gemachten Schenkung gegenüber einem negotiorum gestor nach der Ratihabition des dominus negotii); wobei der Hinweis auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten nur eine Analogie ist. (Vgl. Unger Jahrb. für Dogmat. X. S. 25 fg., Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 492. Oben I. S. 391 A. 4. S. 403 A. 1.)

[1]) Quellen und Literatur: oben I. S. 243 A. 2 fg. Zu § 366 österr. b. G. B. s. Unger I. § 13 A. 29. II. § 91 A. 65, § 125 A. 2, 23; Krainz Syst. II. § 244. — Ueber den Fall der Freilassung eines Sklaven durch Jemanden, der erst später Eigenthümer desselben wird: oben I. S. 245 A. 2. — Wir haben im Texte nicht den Fall im Auge, dass der Verfügende zur Zeit der Verfügung bereits Erbschaftsdelat des Eigenthümers war: hievon s. oben I. S. 241 fg., 244 fg., ferner unten.

[2]) Quellen u. Literatur: vorige Anm.

[3]) Vgl. Windscheid III. § 605 zu A. 3 (II. § 367 A. 9); Unger VI. § 40 zu A. 11; Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 41 fg. u. die Citate Anm. 75 fg.

Hiernach würde sich die Sache folgendermassen darstellen. Wer eine fremde Sache veräussert, ist aus dem Veräusserungsgeschäfte verpflichtet zur Verschaffung der Sache bezw. des Eigenthums [1]) an derselben. Wird er selbst nachträglich Eigenthümer der Sache und vindiciert nun dieselbe vom Erwerber, so handelt er gegen jene Verpflichtung, macht sich also eines dolus schuldig [2]). Wird er aber nachträglich vom Eigenthümer der Sache beerbt, so geht damit seine Verpflichtung aus dem Veräusserungsgeschäfte auf den Erben über, es würde also auch dieser durch die Vindication der Sache gegen seine jetzige Verpflichtung handeln und sich eines dolus schuldig machen.

Die exceptio doli würde sich demnach im letzteren Fall einfach auf den Schuldübergang gründen; wozu soll es da noch der Ableitung solcher indirecten Wirksamkeit der Veräusserung aus dem Gesichtspunkt der im Erbantritte liegenden Genehmigung des Erbberufungswillens bedürfen?

Dieser Einwand wäre, insoweit es sich nur um die exceptio doli gegen die Vindication des Eigenthümers handelt, sicher berechtigt; wie aber, wenn die Klage selbst aus dem Rechte, auf welches die Veräusserung gerichtet war, in Betracht käme? Allerdings hätte dieselbe die Convalescenz der Veräusserung zur Voraussetzung, diese aber könnte sich nur auf die Ratihabition der ursprünglich ungiltigen Veräusserung gründen.

Für den Fall der Veräusserung einer fremden Sache wurde bekanntlich dem Erwerber derselben die Eigenthumsklage in beiden obigen Fällen nicht gegeben; auch unter den Fällen der „utilis rei vindicatio“ [3]) erscheinen nicht auch unsere Fälle. Doch ist der redliche Erwerber der Sache durch die actio Publiciana mit der replicatio doli geschützt.

---

[1]) Für den Fall des Verkaufes einer fremden Sache — den Hauptfall, der die Bezeichnung ‚exceptio rei venditae et traditae‘ bestimmte — kommt die Frage in Betracht, ob der Verkäufer zur Eigenthumsübertragung verpflichtet ist? Lit. bei Windscheid II. § 389 No. 1.

[2]) Der Verkäufer ist ja dem Käufer für die Eviction der Sache seitens ihres Eigenthümers haftbar. Windscheid II. § 391.

[3]) S. Windscheid I. § 174 A. 9 mit der betr. Literatur.

Für den Fall der Verpfändung einer fremden Sache haben wir nicht bloss den Schutz des Gläubigers im Wege der exceptio doli, eventuell der actio Publiciana, sondern es wird, obwohl die Sache im Augenblicke der Verpfändung nicht im Vermögen des Verpfänders war, dem Gläubiger auch eine utilis pigneraticia actio gewährt; u. z. herrscht über die Zuständigkeit dieser Klage in dem Falle, dass der Verpfänder selbst später das Eigenthum erlangte, kein Streit [1]). Dieselbe wird auf den Gesichtspunkt der aequitas zurückgeführt [2]), einmal finden wir aber auch den Gesichtspunkt der confirmatio der Veräusserung durch den nachfolgenden Eigenthumserwerb [3]). Für den Fall, dass der Verpfänder später vom Eigenthümer der Sache beerbt wurde, wird die utilis actio pigneraticia dem Gläubiger von Paulus versagt [4]), von Modestin aber gewährt [5]). Gegenüber den zahlreichen Vereinigungsversuchen [6]) ist unsere Ansicht folgende.

Paulus begründet die Versagung der Klage mit den Worten: „nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui et pecuniam debet". Was kann nun der Grund sein, der Modestin zur Gewährung der Klage bestimmt? Er muss ausser dem Zusammentreffen von Eigenthum und Schuld in derselben Person noch ein anderes Moment gefunden haben, das zwar nicht die directe Convalescenz des Pfandrechts, wohl aber die utilis actio pig. zu begründen vermöge. Nun macht bei Verpfändung einer fremden Sache die nachträgliche Genehmigung des Eigenthümers der Sache die Ver-

---

[1]) In der Literatur wird hauptsächlich die Frage erörtert, ob auch hier die bona fides des Klägers die Voraussetzung bildet; Windscheid I. § 230 A. 8 (A. 6); Vangerow I. § 372 A. 2 lit. c (lit. e).

[2]) L. 5 C. si aliena res (8, 16).

[3]) L. 56 ad S. C. Treb. (36, 1), (s. Windscheid I. § 172 A. 7); vgl. aber wieder l. 20 qui et a quib. (40, 9).

[4]) L. 41 de pig. act. (13, 7).

[5]) L. 22 de pig. et hyp. (20, 1).

[6]) S. Vangerow a. a. O. lit. d.; Windscheid a. a. O. A. 9; H. Krüger a. a. O. I. S. 68 fg. Vgl. auch Unger VI. § 40 A. 11.

pfändung wirksam [1]). Es liegt also doch nicht mehr ferne, anzunehmen, dass Modestin — im Gegensatze zu Paulus — sich von dem Gesichtspunkte leiten liess, dass der Eigenthümer der Sache mit der Beerbung des Verpfänders nicht bloss dessen Verpflichtung zu giltiger Pfandbestellung übernommen, sondern dass er mit seiner Genehmigung des Erbberufungswillens überhaupt auch den früheren Pfandbestellungsact des Erblassers stillschweigend genehmigt habe [2]). Und für diese Auffassung fehlt es auch sonst nicht an einem Anhaltspunkte in den Quellen [3]).

d) In Betreff des Bestandes der während der hereditas jacens begründeten Rechtsverhältnisse.

Die Frage, ob die während des Zeitraumes der hereditas jacens für oder gegen dieselbe (durch Erbschaftssklaven, durch den Curator) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte als definitiv oder nur

---

[1]) L. 20 pr. de pign. act. (13, 7); l. 16 § 1 de pig. et hyp. (20, 1): „— dicendum est, hoc ipsum (ipso), quod ratum habet voluisse eum recurrere retro ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit" — eine Stelle, die in der Ratihabitionslehre sicher auch eine Rolle spielt, ebenso wie l. 56 de judic. (5, 1); c. 3 C. de rei vind. (3, 32). Windscheid I. § 81 A. 7; Vangerow I. § 372 A. 2, a; Seuffert Ratihab. S. 115 fg.

[2]) Wird der Verpfänder selbst Eigenthümer, so wird sein Verpfändungswille „confirmiert" (s. oben); wird der Verpfänder vom Eigenthümer beerbt, so genehmigt letzterer (stillschweigend) den Verpfändungswillen. Anders H. Krüger a. a. O.

[3]) Hieher möchten wir die schon wiederholt citierte c. 7 C. de lib. causa (7, 16) ziehen, in der es vom Erben dessen, der (wohl noch bei Lebzeiten) seinen Sklaven freigelassen hat, heisst: „— quum, etsi jure libertas non processerit, respectu tamen aditae hereditatis voluntatem defuncti suo consensu firmare debuit". Die Glosse bemerkt: „— quia adeundo hereditatem confirmat libertatem"; „heres adeundo hereditatem defuncti voluntatem seu gesta a defuncto confirmare et approbare intelligitur". Köppen in seiner Schrift „de vi quam retro exerc. adito" p. 45 zieht die cit. Constitution auch zu der (oben I. S. 245 fg.) erörterten l. 20 § 1 de cond. inst. (28, 7) heran; aber hier hat erst der Erbe den Act der Freilassung vorgenommen, dort bereits der Erblasser selbst: das „qui manumisit" bezieht sich doch auf „ejus", nicht auf „herede". — Die Glosse stellt der const. 7 als Gegenstück di l. 20 qui et a quib. (40, 9) gegenüber. — Zu ersterer vgl. auch l. 31 de lib. causa (40, 12).

hypothetisch, d. h. unter der conditio juris des Erbantrittes, bezw. des Eintrittes einer Universalsuccession abgeschlossen zu betrachten seien, ist bekanntlich nicht unbestritten [1]). Bei der Auffassung der hereditas als eines mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Vermögens bezw. eines selbständigen Zweckvermögens erscheint die erstere Annahme als die consequente; denn die Rechtssubjectivität, wenn einmal begründet, kann zwar wieder aufhören, aber nicht auch für die Vergangenheit wieder erlöschen [2]). Andrerseits wird diese Annahme doch nur im Hinblick auf die ungemeine Seltenheit des Falles, dass es zu keinerlei Universalsuccession kommt, begreiflich; denn würde dieser Fall einmal eintreten, so stellt sich die zweite Annahme sicher als die natürlichere dar [3]). Wie aber soll sich diese Annahme begründen lassen, so lange der Persönlichkeit der Erbschaft eine ernste Bedeutung beigelegt wird? Die Rückwirkung des Erbantrittes versagt ja hier ihren Dienst, denn was soll ohne Erbschaftserwerb zurückwirken?

Vom Standpunkte unserer Auffassung der hereditas jacens bezw. des Erbschaftsantrittes ergibt sich die Antwort auf die obige Frage von selbst, u. z. im Sinne der zweiten Alternative. Steht das Erbvermögen als solches, ebenso das Erbrecht des Berufenen unter der conditio juris der Genehmigung des letzteren, dann müssen das gleiche Schicksal nothwendig auch alle Rechtsverhältnisse theilen, welche erst während der hereditas jacens begründet wurden. Im Prinzip also muss auch hinsichtlich der Wirkungen von Rechtsgeschäften für die Erbschaft oder anderen dieselbe betreffenden juristischen Thatsachen der Satz aufgestellt werden, dass sie unter der conditio juris des Eintrittes eines Universalsuccessors stehen. Aber eine Modification dieses Prinzips ist durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit

---

[1]) S. oben I. S. 184 fg.

[2]) Anders wäre es schon bei der Annahme einer pendenten Persönlichkeit; vgl. oben I. S. 247 A. 4 und ausser den daselbst cit. Stellen: l. 2 § 3 unde legit. (38, 7), l. 1 § 1 de S. C. Tertull. (38, 17), l. 3 de manum. vind. (40, 2), l. 19 eod., l. 16 § 4 qui et a quib. (40, 9); vgl. auch l. 2 § 3 fg. de decur. (50, 2), l. 7 § 1 de senator. (1, 9).

[3]) S. oben I. S. 186 fg.

allerdings geboten: jenes Prinzip kann nur insoweit gelten, als es sich um das Erbvermögen selbst handelt; nicht aber, insoweit Rechte dritter Personen in Betracht kommen, die mit der hereditas jacens in rechtlichen Verkehr getreten sind [1]).

Im Einzelnen würde sich hiernach der Sachverhalt beim Mangel jeglicher Universalsuccession folgendermassen gestalten. Die für die Erbschaft erworbenen körperlichen Gegenstände theilen das Schicksal der vom Erblasser selbst überkommenen Sachen; das Gleiche gilt von jedem der Erbschaft für veräusserte Erbschaftsstücke geleisteten materiellen Aequivalent. Dingliche Rechte, welche für die Erbschaft begründet wurden, ebenso wie Forderungen der Erbschaft gegen dritte Personen werden hinfällig. Dagegen würde das von Dritten an Erbschaftssachen rechtmässig erworbene Eigenthum aufrecht bleiben [2]), ebenso wie das Recht an dem für eine Veräusserung an die Erbschaft erhaltenen Entgelt. In Betreff der dinglichen Rechte, die an Erbschaftssachen erworben wurden, käme die Streitfrage in Betracht, ob dieselben auch an herrenlosen Sachen entstehen bezw. fortbestehen können [3]); und was endlich die gegenüber der Erbschaft selbst erworbenen Forderungsrechte betrifft, so würden solche Gläubiger in die Stellung von Erbschaftsgläubigern überhaupt kommen [4]).

---

[1]) Vgl. damit den Satz v. Scheurl's, dass die Rückwirkungsfiction, deren Geltung die Regel bilde, durch die Persönlichkeitsfiction eine Modification erfahren habe zu Gunsten aller positiven Rechtswirkungen, welche juristische Thatsachen während des Ruhens der Erbschaft in Folge der letzteren Fiction bereits erzeugt haben. (Oben I. S. 75 fg.)

[2]) Vgl. dazu die Stellung desjenigen, der vom Erbschaftsbesitzer eine Sache erworben hat (— Moment der Redlichkeit, des Veräusserers, des Erwerbers, Moment der Entgeltlichkeit, Regresspflicht —): für das römische Recht s. die Lit. bei Arndts Pand. § 534 A. 1, Windscheid III. § 612 A. 15, I. § 186 A. 16; für das österreichische Recht: § 824 a. b. G. B. (dazu § 278 i. f.); Unger VI. § 40 A. 22; Exner Tradition S. 69; Randa Eigenthumsrecht I. 2. Aufl. S. 364; Krasnopolski d. Schutz des redl. Verkehrs im österr. Civ.-R. (1892) S. 24 fg.

[3]) S. oben II. (S. 19 A. 2.)

[4]) Vgl. l. 21 de neg. gest. (3, 5): „— quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit". S. oben I. S. 187 A. 3, 5,

Wie verhalten sich nun die Quellen zum Gesagten? Dass bei der Seltenheit des Falles nicht für jeden dieser Sätze ein Quellenzeugnis zu Gebote steht, ist wohl begreiflich; es fehlt aber doch nicht an gelegentlichen Andeutungen [1]), und Eine Stelle ist uns glücklicher Weise erhalten, welche den Satz von der rechtlichen Bedingtheit des für die Erbschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäftes in klarster Weise zum Ausdrucke bringt: die l. 73 § 1 de V. O. (45, 1) von Paulus. Dieses Fragment wurde bereits oben [2]) eingehend erörtert. Hier sollen nur noch zwei Punkte hervorgehoben werden.

1. Wenn die vom Erbschaftssklaven abgeschlossene Stipulation unter der conditio juris des Erbantrittes steht („quasi conditionem habeat"), so scheint daraus allein allerdings noch nicht zu folgen, dass, wenn der Erbe später antritt, die Forderung von Anfang als ihm erworben zu betrachten sei; man könnte ja, wenn man von der Rückwirkung des Antrittes absieht, auch sagen, die Forderung sei unter jener Bedingung der Erbschaft erworben und gehe dann von dieser auf den Erben über. Nun sagen auch die Quellen von jener Stipulation des Sklaven: „— hereditati adquirit, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur" [3]). Aber freilich frägt man sofort, wie dadurch, dass der Erbschaft selbst erworben wird, auch dem künftigen

---

II. S. 24 A. 4, S. 28 A. 1. Wenn die l. 77 de V. O. (45, 1) in Betreff des Verfalles einer Conventionalpoen während der hereditas jacens sagt: „— committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita", so bedeutet hier „non" so viel wie „nondum".

[1]) Fitting d. castr. pecul. S. 297, 306 bringt mit der gleich zu erwähnenden l. 73 § 1 de V. O die l. 14 § 1 de castr. pec. (49, 17) in Verbindung: „— in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligatur."

[2]) I. S. 184 fg. . Zu den daselbst cit. Schriftstellern s. auch A. Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven S. 49. Dusi l. c. S. 84 A. 2 betrachtet als den Sinn der l. 73 § 1 cit., dass die während der hered. jac. begründeten Rechtsverhältnisse definitive seien, aber wegen Mangels eines Vertreters nicht vor dem Erbantritte geltend gemacht werden können; Paulus habe statt conditio wohl dilatio sagen wollen. (?)

[3]) Pr. Inst. de stip. serv. (3, 17); vgl. oben I. S. 163 A. 5, S. 188; ferner l. 41 de R. C. (12, 1); l. 68 § 1 de leg. I; l. 55 § 1 de leg. II; etc.

Erben erworben werde? Auf diesen würde ja die Forderung nur von der Erbschaft künftig übergehen? In diesem Sinne aber ist der ganze Zusatz trivial. Die Bedeutung desselben muss also doch eine andere sein; allerdings nicht die, dass die Forderung sofort in der Person des Erben entsteht, der noch extraneus ist. Ein Recht, dessen die Erbschaft nicht fähig ist (usus-fructus), entsteht, wenn es dem Erbschaftssklaven legirt ist, unmittelbar in der Person des Erben, aber auch erst (wegen Aufschubes des dies cedens) ex nunc — während eine Stipulation des Sklaven auf Bestellung eines solchen Rechtes ungiltig wäre — [1]). Wenn es nun in Betreff der Stipulation eines anderen Rechtes heisst, die Forderung werde der Erbschaft erworben und dadurch auch dem künftigen Erben [2]), und man erwägt, dass die Erbschaft doch kein selbständiges Glied in der Successionsreihe ist, daher der nachherige Erwerb des Erben ex tunc datiert wird, — so kann die Erbschaft denn doch nur als eine Vermittlerin des Erwerbes des Erben betrachtet werden [3]), mag sie auch hinsichtlich des Umfanges ihrer Rechtsfähigkeit an die Person des Erblassers angelehnt werden. Es ist nämlich auch nicht zu übersehen, dass jene Ausdrucksweise erst seit der Personificationsformel auftritt, während die älteren Juristen nur von einem Erwerbe des Erben sprechen, und dies dann von neueren Juristen mit der Personification der Erbschaft begründet wird [4]).

Dazu kommt, dass die Stelle von Paulus die Stipulation des Erbschaftssklaven mit der des Sklaven eines Kriegsgefangenen auf eine Linie stellt, wie dies auch in anderen Stellen geschieht [5]). Diese Parallelisierung hätte keinen Sinn für den Fall, dass der Gefangene in der Gefangenschaft stirbt, weil es sich dann wieder

[1]) S. oben I. S. 150 fg. (S. 188 fg.); 306 fg.; ferner Ennecerus Rechtsgesch. S. 369; Mitteis Stellvertr. S. 247; Dusil. c. S. 82; Puntschart d. mod. Theorie S. 36, Hellmann krit. V. J. Schr. 37 Bd. S. 585.

[2]) In Betreff des Erwerbes des Eigenthums seitens des Erben oder Legatars s. unten.

[3]) Die Quellen sagen auch: ‚hereditate acquirere, succedere‘; z. B. l. 3 § 2 de itinere (43, 19).

[4]) S. oben I. S. 225 fg., 232 fg., 236 fg.

[5]) S. unten im Anhange.

um die Stipulation eines Erbschaftssklaven handelt. Sie kann also nur den Fall der Rückkehr des Gefangenen im Auge haben [1]; hier aber war die Forderung aus der Stipulation zufolge des jus postliminii sicher dem Gefangenen selbst erworben [2]. Und wenn endlich die vom Erbschaftssklaven auf den künftigen Erben abgeschlossene Stipulation von älteren Juristen für ungiltig erklärt wurde, während die entgegengesetzte Ansicht allmählig zum Siege gelangte, so war der Widerspruch der ersteren auch nur gegen die Verwendung des Rückwirkungsprinzips vor dem Erbschaftsantritte gerichtet [3]. Erwägt man noch, dass die sog. Rückwirkung einer rechtlichen Thatsache wesentlich in der Gleichheit rechtlicher Behandlung besteht [4], so lässt sich sagen: die Stipulation des Erbschaftssklaven ist für das von der Genehmigung des Berufenen abhängige Erbvermögen, und in diesem für den Erben, dessen Erbrecht durch seine Genehmigung bedingt ist, abgeschlossen; mit dieser Genehmigung gilt sie als von Anfang für den Erben abgeschlossen [5].

2. Die Genehmigung des Berufenen, als welche sich der Erbschaftsantritt darstellt, bezieht sich zunächst auf den Berufungswillen, der den Berufenen als Subject des Erbvermögens setzte, sie ist also die Anerkennung dieses Vermögens als nunmehr eigenen Vermögens [6], u. z. in der Gestalt, wie es vom Erblasser hinterlassen wurde, bezw. wie es durch letztwillige Anordnungen, insbesondere Vermächtnisse geregelt wurde, bezw. wie es als entwickelungsfähiges Vermögensganzes sich nach dem Tode des Erblassers gestaltet hat. Aber mittelbar bezieht sich jene Genehmigung auch auf alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Erb-

---

[1] Vgl. l. 25 de stip. serv. (45, 3).

[2] Vgl. z. B. l. 11 de V. O. (45, 1).

[3] S. oben I. S. 167 fg., 174 fg., 180 fg.

[4] Vgl. oben I. S. 65 A. 2 (47 A. 2); Regelsberger Pand. I. S. 439.

[5] Im Sinne der l. 193 de R. J. — in Verbindung mit l. 28 § 4 de stip. serv. (45, 3) — könnte man sagen: ‚perinde acquiritur heredi, ac si — non mortis quidem tempore, sed — stipulationis tempore heres extitisset‘.

[6] Vgl. die Ausdrücke ‚agnoscere bona, hereditatem‘: oben II. S. 11 A. 1.

vermögens und die einzelnen Rechtshandlungen, welche für dasselbe vorgenommen wurden. Dieser Punkt ist von Bedeutung für die schon oben [1]) erörterten Fälle, in welchen an solchen Handlungen der Delat selbst als Partei betheiligt war. Es kommt hier nicht bloss der Gesichtspunkt der bona fides in Betracht, der zur eigenen Handlung zu stehen gebietet, sondern vielmehr der Gesichtspunkt stillschweigender Ratihabition der für die hereditas jacens vorgenommenen Rechtsacte überhaupt, und daher auch der der Bestätigung der eigenen Handlungen des Delaten. Zwar wird manchmal geleugnet, dass ein ungiltiger Rechtsact durch Bestätigung seitens seines Urhebers rückwärts giltig werde [2]). Wäre aber auch diese Ansicht in anderen Fällen die richtige, so liegt in unserem Falle die Sache doch anders: das Recht des Delaten an den Erbschaftsstücken ist nur mehr von seiner Genehmigung abhängig [3]).

Fassen wir insbesondere eine Rechtshandlung in's Auge, für welche es der Ratihabition des davon Betroffenen bedarf, eine stellvertretende negotiorum gestio für die Erbschaft [4]). Wäre noch für den Erblasser selbst bei dessen Lebzeiten ein solches Rechtsgeschäft abgeschlossen worden und derselbe vor Ertheilung

---

[1]) Oben I. S. 241 fg.

[2]) S. Windscheid I. 83 No. 2; Unger Syst. II. § 91 No. VII, § 92 No. 1; Seuffert Ratihab. S. 117 fg., 120 fg. (er hebt mit Nachdruck den Gegensatz der „Bestätigung" zu ähnlichen, aber im Wesen verschiedenen Begriffen hervor und betont, dass die Bezeichnung der Bestätigung als „Anerkennung" zu Verwechselungen führe). S. auch Mitteis zur Lehre v. d. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte: Jahrb. f. Dogm. 28. Bd. (16. Bd.) S. 85 fg.; Brinz IV. § 589, Regelsberger Pand. I. § 147; § 176.

[3]) Vgl. dazu den Fall, dass ein Geschäftsherr, für den der Geschäftsführer ohne Auftrag von einem Dritten eine Sache zu Eigenthum erworben, vor Ertheilung der Ratihabition und in Unkenntnis von der Geschäftsführung, über jene Sache zu Gunsten eines Vierten verfügt, und später die Geschäftsführung ratihabirt. S. Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 226, 248 fg.; Mitteis Stellvertr. S. 255 (251 fg.); Pacchioni l. c. S. 575 fg. (523 fg.). — Vgl. damit die conditio juris der Rechtfertigung der Vormerkung eines bücherlichen Rechtes: österr. allg. Grundb. Ges. v. 25. Juli 1871 § 49 fg.

[4]) S. oben I. S. 221 fg.

der Ratihabition gestorben, so wird von verschiedenen Schriftstellern, obzwar nicht ohne Einschränkung, anerkannt, dass die Ratihabitionsbefugnis [1]) des Geschäftsherrn auch auf dessen Erben übergehe [2]). Wie aber, wenn der Geschäftsherr vom Geschäftsführer selbst beerbt wird? [3]) An sich scheint ihm das Recht, die Ratihabition zu ertheilen oder zu verweigern, ebenfalls zuzustehen; aber man wird doch lieber geneigt sein zu sagen, dass er, wenn er als Geschäftsführer das abgeschlossene Rechtsgeschäft für die Rechtssphäre des Geschäftsherrn für nützlich hielt, mit dem Eintritt in diesen Rechtskreis, dem Erbantritte, gewissermassen sich selbst die Ratihabition ertheilt habe [4]), und das wird dem Dritten gegenüber wohl genügen [5]), — von dem Falle nicht zu reden, dass der Geschäftsführer dem Dritten gegenüber sich zur Beschaffung der Ratihabition verpflichtet hätte, oder an sich dazu schon verpflichtet wäre [6]).

---

[1]) Zur Frage, ob der Geschäftsherr zur Ratihabition ein Recht habe, s. oben I. S. 451 A. 4, dazu Pacchioni l. c. S. 494 fg. — Ob es auch eine Pflicht zur Ratihabition gebe? S. die Citate oben I. S. 426 A. 6.

[2]) Vgl. Seuffert Ratihab. S. 26 fg., Zimmermann stellvertr. neg. gestio S. 233 fg.; Hellmann Stellvertr. S. 128; Mitteis Stellvertr. S. 228 fg.; Pacchioni l. c. S. 511 fg. S. auch Windscheid II. 313 A. 7 (I. § 74 A. 4); Brinz IV. § 583 A. 14; Regelsberger Pand. I. § 164 zu A. 13.

[3]) Die Fälle erbrechtlicher Confusion zwischen den bei der neg. gestio betheiligten Personen in Betreff der Ratihabition werden in der einschlägigen Literatur nicht erörtert.

[4]) Vgl. l. 21 § 5 de fidejuss. (46, 1): „— quasi ipse a se exegerit —“; l. 9 § 5 de pecul. (15, 1): „— quasi praevenerit et ipse secum egerit —“; l. 9 § 2 eod.

[5]) Vgl. Seuffert a. a. O. S. 114, 139; Zimmermann a. a. O. S. 158 fg.; Mitteis a. a. O. S. 212 fg. — Vgl. dazu die Frage wegen der neg. gestio des dritten Contrahenten (u. a. auch Pacchioni l. c. S. 653 fg., ferner in „Il Pisanelli“ 1893 S. 289 fg.). — Vgl. ferner den § 1019 des österr. allg. bürg. Ges. B. (S. oben I. 385 A. 5; dazu jetzt auch Ehrenzweig die sog. zweigliedr. Verträge (1895) S. 76 fg.; Krasnopolski zur Lehre v. d. Verträgen zu Gunsten Dritter (1895; Sep. Abdr. aus Grünhut's Zeitschr. XXII.), bes. S. 18 fg.

[6]) S. Mitteis a. a. O. S. 217 fg.; Pacchioni l. c. S. 554 fg., 581 fg.

Hat nun Jemand für eine hereditas jacens eine negotiorum gestio in Form eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten vorgenommen, so steht die Ratihabition, wenn sie nicht schon von einem Vertreter der Erbschaft ertheilt wurde, zweifellos dem nachherigen Erben zu. Wäre aber der Delat selbst der Geschäftsführer, dann bedürfte es wohl wieder keiner Ratihabition gegenüber dem dritten Contrahenten; u. z. nicht bloss deswegen, weil der Erbe dolos handeln würde, wenn er seine im Interesse der Erbschaft unternommene Handlung nicht anerkennen würde, sondern schon deswegen, weil er mit der Genehmigung des Erbberufungswillens auch das für die Erbschaft Geschehene, namentlich auch seine eigene Handlung ratihabiert, ja weil er diese Handlung unter der conditio juris jener Genehmigung für sich selbst vorgenommen hat.

§ 44. II. Unverwendbarkeit des Rückwirkungsprinzips für die Beurtheilung der in die Zeit der hereditas jacens fallenden rechtlichen Vorgänge.

Eine Hauptwaffe der Opposition gegen die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantrittes war oft das Argument, dass bei Annahme derselben die Giltigkeit oder Ungiltigkeit aller Rechtshandlungen, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit aller rechtlichen Thatsachen, welche in die Zeit der hereditas jacens fallen, so zu beurtheilen wären, wie wenn der Erbe bereits im Zeitpunkte des Todes des Erblassers Erbe geworden wäre [1]); dass aber dem die Quellen widersprechen, welche vielmehr die Rücksicht auf die Person des Erblassers, nicht auf die des Erben für massgebend erklären; dass es auch „unjuristisch" sei, „einem Umstande bereits vor seinem Eintritte rückwirkende Kraft beizulegen" [2]); dass daher dem Quellensatze von der Rückwirkung des Erbschafts-

---

[1]) Vgl. Savigny Syst. II. S. 365; Ihering Abh. promiscue, u. A.
[2]) Ihering a. a. O. S. 159, 160.

erwerbes neben dem von der Persönlichkeit der Erbschaft eine praktische Bedeutung nicht beigelegt werden könne [1]).

In dem Kampfe um die Geltung eines Prinzips muss die Auffassung des Prinzips naturgemäss die erste Rolle spielen; und da glauben wir behaupten zu dürfen, dass der Anerkennung des erbrechtlichen Rückwirkungsprincips die obige Argumentation wie kaum ein anderer Umstand im Wege gestanden ist. Wenn nämlich dem Erbschaftserwerbe eine rückwirkende Kraft zukommt, so kann die Bedeutung derselben sich nur auf die Frage beziehen, wie nach dem Antritte die vor demselben begründeten Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind, nicht auf die Frage, wie sie vor dem Antritte zu beurtheilen sind; mit anderen Worten: das Operieren mit dem Rückwirkungsprinzip vor dem Eintritte der rückwirkenden Thatsache kann unmöglich zu den Consequenzen dieses Prinzips gehören [2]). Lässt sich doch aus den Quellen für andere Fälle, in denen an dem Vorhandensein eines Pendenzverhältnisses nicht gezweifelt werden kann, gerade das Gegentheil erweisen: in dem Sinne, dass für die Regelung des Verhältnisses der Zwischenzeit vor dem Eintritte der Thatsache, welche die Ungewissheit und Schwebe nach rückwärts beseitigt,

---

[1]) S. oben I. S. 82 fg., S. 95 fg.

[2]) Auch Oehler a. a. O. S. 18 scheint auf jenem Standpunkte zu stehen, obwohl er sonst das Wesen der ‚rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantrittes' schärfer erfasst, im Sinne der neueren Theorie über die Fiction. Nach ihm nämlich würde bei Annahme jener Rückwirkung nicht fingiert, dass der Erbe früher Erbe geworden sei, er würde nur rechtlich so behandelt, wie wenn er schon vom Todesmoment des Erblassers an Erbe gewesen wäre (S. 8). Dem stimmen wir vollkommen bei. Wenn aber Oeh. sagt, durch diese Fiction werde die rückwirkende Kraft erst ermöglicht (eod.), so möchten wir glauben, sie bestehe vielmehr darin; wenn er ferner meint, zurückbezogen werde nicht die Antretung, aber auch nicht die Wirkung derselben, sondern die Gleichstellung des Berufenen mit einem Erben (eod.), so würden wir sagen, in jener Gleichstellung liege eben die Rückziehung der Wirkung des Antrittes; und wenn er endlich betont, die Rückwirkung oder rückwirkende Kraft sei keine Fiction, sondern Wirklichkeit (S. 13), so soll doch nach ihm die Fiction selbst Wirklichkeit sein, weil eben rechtliche Gleichstellung.

der Standpunkt der Gegenwart, und nicht der Zukunft massgebend sei[1]). Die Frage der vorläufigen Regelung in den Fällen der Schwebe und Rückwirkung bietet bekanntlich überhaupt manche Schwierigkeit[2]); und es ist daher begreiflich, dass es auch in Betreff der hereditas jacens innerhalb der römischen Jurisprudenz längerer Abstraction bedurfte, bis jener Standpunkt sich durchzuringen vermochte.

Ehevor wir des Näheren darauf eingehen, möge aus einer anderen Materie, die uns später noch beschäftigen wird, eine Stelle hier Platz finden, welche in Ansehung eines zweifellosen Pendenzverhältnisses das obige Axiom in voller Klarheit zum Ausdruck bringt. In Betreff des peculium castrense des Haussohnes sagt Paulus[3]):

> „Rem autem castrensis peculii solventem patrem perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio. Sed tunc adquisita creditur, quum filius decesserit; et (ut) utique, cujus fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex iis, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarent".

In den herausgehobenen Worten ist für das castrense peculium der Begriff des Schwebeverhältnisses und der Rückziehung in unzweifelhafter Weise ausgesprochen, ja dasselbe wird geradezu mit anderen Pendenzverhältnissen auf eine Linie gestellt; und gleichwohl wird ebenso bestimmt betont, dass für die Beurtheilung eines dieses Vermögen betreffenden rechtlichen Vorganges während der Pendenz der Zustand der Gegenwart, nicht der der Zukunft massgebend sei.

In der Wissenschaft hat allerdings die Annahme eines Schwebeverhältnisses für das peculium castrense auch ihre Gegner

---

[1]) Das ist ja der Sinn des oft citierten Satzes: „Quod pendet, non est pro eo, quasi sit" (l. 169 § 1 de R. J.). S. die vielen Beispiele in der kl. Gothofr. Ausgabe.

[2]) Vgl. Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 209; Karlowa Rechtsgeschäft S. 14 fg., 61 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 235 fg.; 249 fg.

[3]) L. 98 § 3 de solut. et liber. (46, 3).

gefunden u. z. namentlich im Hinblicke darauf, dass nach der späteren Entwickelung dieses Instituts der Haussohn als Eigenthümer des castrensischen Vermögens erscheine [1]), dass also hier nicht ein Fall objectiv schwebenden Eigenthums vorliege [2]); und der von den römischen Juristen wiederholt betonte Gesichtspunkt der Pendenz und der Rückziehung wurde hiernach als ein blosses theoretisches Auskunftsmittel hingestellt, während in Wirklichkeit, soweit den Interessen und Rechten des Sohnes kein Abbruch geschehe, in Betreff des Vaters noch immer das alte Recht zu gelten habe [3]); ja es wurde die Rückwirkung hier sogar überhaupt geläugnet [4]).

Dem gegenüber sei hier nur Folgendes bemerkt. Der erwähnte Entwickelungsgang mag immerhin zugegeben werden; er entspricht auch der allgemeinen Tendenz, den Haussohn in Bezug auf seinen Erwerb selbständig zu machen, einer Tendenz, die mit Justinian zu einem Abschlusse gelangte [5]). Aber der Annahme eines Pendenzverhältnisses steht jene Gestaltung hier so wenig wie anderwärts entgegen: es kommt auch hier die Möglichkeit einer doppelten Art von Pendenz in Betracht [6]). Gerade nach

---

[1]) Ueber diese Entwickelung vgl. das Hauptwerk: Fitting d. castr. peculium (1871) S. 92 fg., 124 fg., 129 fg., 149 fg.

[2]) Wächter d. schwebende Eigenthum S. 18 fg.; Pand. I. § 69 Beil. IV., S. 345 A. 3.

[3]) Fitting a. a. O. S. 138 fg., 142, 266 fg., 269, 271 fg., 320 fg., 337 fg.; Wächter schweb. Eigenth. S. 21 fg.

[4]) Mühlberg de peculio castrensi non retrotrahendo (1866).

[5]) In Betreff des peculium castrense s. Fitting a. a. O. S. 340 fg.

[6]) S. oben II. S. 17 A. 4. — Bei einem Vermögensstück, welches seinen bisherigen Eigenthümer durch Tod verloren hat und alternativ dieser oder jener Person verbleiben soll — Vindicationslegat — lässt sich die Regelung der Zwischenzeit entweder so denken, dass das Eigenthum vorerst keiner von beiden Personen zustehen soll (Proculianer), oder so, dass es sofort einer derselben gehören soll, aber als bedingt revocabel (Sabinianer). Beim Vermögen des captivus ist nur die erstere Gestaltung möglich. Beim peculium castrense trifft die erstere Gestaltung allerdings zu nach dem Tode des Sohnes während der Deliberation seiner Testamentserben (s. Fitting a. a. O. S. 289 fg.); bei Lebzeiten des Sohnes aber finden wir die letztere Gestaltung; sie ist auch in der Natur der

jener Gestaltung nun erscheint der Satz, dass der Vater über eine ihm noch fremde Sache disponiert hat, als der der Gegenwart entsprechende Standpunkt [1]); und dennoch soll nach dem Ausspruche von Paulus der spätere Rückfall des Eigenthums an den Vater jure peculii zu der gerade entgegengesetzten Beurtheilung für die Vergangenheit führen [2]).

Nun hat man freilich geltend gemacht, dass in der Stelle von Paulus durch die Worte „sed tunc adquisita creditur (sc. res soluta), quum filius decesserit" — der Gedanke an eine Rückziehung ausgeschlossen sei [3]). Erwägt man jedoch, dass diese Worte dem Satze „quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, p. m. a. i. f." nachgeschickt werden, so können sie, wenn sie nicht überflüssig sein sollen, nur bedeuten: „der gezahlte Gegenstand ist aber als bereits erworben zu betrachten, wenn der Sohn ab intest. gestorben ist" [4]). Und diese Auffassung wird noch bestärkt durch das folgende „cujus fuerit, eventus declaret", sowie durch den Schluss der Stelle, namentlich

---

Sache wohl begründet, während die erstere Regelung auf die Dauer ökonomisch und juristisch unhaltbar wäre. (Fitting a. a. O. S. 333 fg. findet für die letztere Auffassung den wissenschaftlichen Ausdruck in der Vorstellung des Schwebeverhältnisses; dagegen Wächter das schwebende Eigenthum S. 21 A. 9.)

[1]) In l. 14 § 1 de castr. pec. (49, 17) sagt Papinian in Betreff des vom servus castrensis während der Deliberation des Testamentserben des Sohnes gemachten Erwerbes, dass dieser im Hinblick auf den Vater unwirksam wäre, ‚quum in illo tempore non fuerit servus patris'. Hierüber aber unten im Anhange. Vgl. auch l. 19 § 5 eod. v. Tryphonin.

[2]) S. Anhang.

[3]) Fitting l. c. S. 268 fg. meint, ‚dass Paulus das Eigenthum des Empfängers nicht auf den Augenblick der Zahlung, sondern nur auf den Augenblick des Todes des Haussohnes zurückrechnet'. Aber wäre das überhaupt noch eine Zurückrechnung? Auch Wächter d. schweb. Eigenth. S. 20 A. 8 findet in den Worten von Paulus die Negation der Rückwirkung, obzwar sie einen ‚Anklang an schwebendes Eigenthum' enthalte.

[4]) Allerdings knüpft sich für den Zahlungsempfänger die adquisitio des Eigenthums an die Thatsache des testamentslosen Ablebens des Haussohnes, aber sie wird dann mit dem Eigenthum des Vaters eben zurückbezogen (‚adquisita creditur'; ohne Rückziehung: oben S. 31 A. 1).

im Zusammenhalt mit ähnlichen Stellen [1]). Und wollte sich Jemand für das Gegentheil auf Papinian berufen, der in Betreff des einem castrensischen Sklaven während der Deliberation der Testamentserben des Haussohnes angefallenen Legates sagt: „omisso testamento patri tunc primum per servum adquiritur", so ist ja Papinian's Stellung zu den übrigen neueren Juristen in dieser Frage bekannt [2]).

Aber noch ein anderer Punkt macht eine Schwierigkeit. Für die Verfügungen, welche der Vater bei Lebzeiten des Haussohnes über zu dessen castrensischem Vermögen gehörige Gegenstände trifft, hat sich eine Unterscheidung herausgebildet, welche Maecian in der l. 18 § 1 de castr. pec. in folgenden Worten formuliert:

> „Et in summa ea res: Hi actus patris, qui ad praesens alienationem alicujus juris de castrensi peculio praestant, impediuntur; hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum consuerunt: ut, si sit filius, cui auferatur, nihil agatur, si ante decesserit, actus patris non impediatur" [3]).

Im obigen Fragmente des Paulus handelte es sich doch um eine Veräusserung aus dem castrensischen Vermögen, die sofort in Wirksamkeit treten sollte (Zahlung) [4]); und dennoch lässt der

---

[1]) Vgl. auch l. 14 de opt. leg. (33, 5), dazu Fitting Rückzieh. S. 81, 85; ferner l. 8 de R. C. (12, 1); bes. aber l. 15 de reb. dub. (34, 5): „— nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit (sc. heres); si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur". — Die Entscheidung der l. 3 § 5 de statulib. (40, 7) beruht auf anderen Gesichtspunkten (s. Köppen success. Entst. S. 39 A. 83, Enneccerus Rechtsgesch. S. 44).

[2]) S. bes. Fitting a. a. O. S. 296 fg. u. A. 5 (dazu S. 293 fg.).

[3]) S. Fitting a. a. O. S. 101 fg., 106 fg., 137 fg., 143 fg., 178 fg., 264 fg.. S. auch Fitting Rückziehung S. 20; Köppen success. Entst. S. 69 fg. u. A. 155; Karlowa Rechtsgeschäft S. 6 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 225 (219 fg.).

[4]) Anders in den Fällen der l. 44 pr. de leg. I., l. 9, l. 18 § 1, l. 19 §§ 3—5 de castr. pec. (49, 17).

Jurist sie convalescieren, wenn jenes Vermögen dem Vater jure peculii verbleibt. Den Erwerb des Zahlungsempfängers im Sinne einer blossen exceptio doli gegen die spätere Vindication des Vaters zu verstehen [1]), ist gegenüber dem Wortlaute der Stelle wohl nicht möglich [2]). Fitting nimmt daher wirklichen Eigenthumserwerb des Zahlungsempfängers an, begründet aber dies vom Standpunkte des Paulus damit, dass dieser mit dem Gesichtspunkte des Schwebeverhältnisses in erweiterter Anwendung operiere, dass ferner die mit dem Eigenthumserwerbe des Vaters entstehende exceptio des Empfängers, wenn ersterer zurückbezogen werde, derselben Behandlung unterliege, was dazu führe, dass der Empfänger in diesem Falle das Eigenthum selbst erwerbe, aber doch erst vom Tode des Sohnes an [3]).

Der letztere Gedankengang will uns nicht einleuchten; und so glauben wir die Lösung darin zu finden, dass Paulus im Vergleiche zu Maecian, welcher in Bezug auf das castr. peculium noch einer älteren Auffassung zu huldigen scheint [4]), zwar auch hier den neueren Standpunkt zum Ausdruck bringt, dem zufolge der Haussohn bei seinen Lebzeiten als Eigenthümer des p. c. zu betrachten sei [5]) („ac si alienam [rem] dedisset"), andrerseits aber auch in der Anerkennung des obwaltenden Schwebeverhältnisses einen vorgeschritteneren Standpunkt repräsentiert [6]). Für unseren Zweck genügt aber die Thatsache, dass das oben ausgesprochene Axiom in der Stelle des Paulus eine positive Bestätigung findet.

Und die Wahrheit dieses Axioms glauben wir nun auch gerade in Ansehung der hereditas jacens durch die Quellen verbürgt zu sehen. Ehevor wir das im Einzelnen prüfen, sei noch

---

[1]) So Mühlberg l. c. S. 30 fg.

[2]) Das ‚residere apud eum' ist durch das folgende ‚adquisita creditur', ‚cujus fuerit' etc. doch ausser Zweifel gesetzt.

[3]) Fitting a. a. O. S. 269 fg. (dazu S. 179 A. 5; S. 377, 379).

[4]) S. Fitting a. a. O. S. 104. 130 fg., 180, 327, 375; Rückziehung S. 11 A. 14, bes. i. f., S. 20 A. 23.

[5]) Fitting p. c. S. 150 fg.

[6]) Vgl. l. 18 pr. ad leg. Falc. (35. 2); ferner die (im Anhang zu erörternde) l. 20 de castr. pec. (49. 17).

kurz hingewiesen auf das Rechtsverhältnis aus einer stellvertretenden negotiorum gestio vor der Ratihabition des Geschäftsherrn: hier steht wenigstens das fest, dass, so lange es ungewiss ist, ob die Ratihabition erfolgen wird, also der rechtliche Bestand des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäftes in der Schwebe sich befindet, vorläufig alles so zu halten sei, wie es dem Gesichtspunkte entspricht, dass die beabsichtigte Wirkung — Eigenthumsübergang, Entstehung des Pfandrechtes, der Forderung, Befreiung von einer Schuld — noch nicht eingetreten sei, vielmehr der status quo ante noch fortdauere [1]; dass aber allerdings eine (dingliche oder persönliche) Gebundenheit bestehe, welche die Aussicht auf das Wirksamwerden des beabsichtigten Rechtsverhältnisses gegen Willkür oder Zufall zu schützen vermag [2] [3].

Was nun das Rechtsverhältnis der hereditas jacens betrifft, so muss, wenn das Wesen des Erbschaftsantrittes in der Genehmigung des einseitigen Erbberufungswillens seitens des Berufenen liegen soll, die rechtliche Gestaltung des Zwischenstadiums bis zum Antritte eine analoge sein: in dem Sinne, dass, mag auch dem künftigen Erwerbe der Erbschaft rückwirkende Kraft zu-

---

[1] L. 6 § 9 de neg. gest. (3, 5): „— Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum“. — L. 24 eod.

[2] Die übrigen in dieser Materie bestehenden Meinungsdifferenzen berühren uns hier nicht weiter. S. die Citate oben I. S. 407 A. 6, II. S. 13 A. 2); insbes. z. B. Zimmermann stellvertr. neg. g. S. 219 fg., 226 fg., 328 fg.; Mitteis Stellvertr. S. 250 fg.; 218 fg.; 227 fg.; Pacchioni l. c. S. 483 fg., 497 fg.

[3] Mit dem von der Ratihabition des Geschäftsherrn abhängigen Geschäfte wird oft das bedingte Rechtsgeschäft zusammengestellt (s. oben I. S. 407 A. 6). Auch bei letzterem gilt vor Erfüllung der Bedingung an und für sich der Standpunkt der Gegenwart (vgl. z. B. l. 38 § 1 de acq. vel am. poss. 41, 2); damit verträgt sich aber die Gebundenheit des bedingt Belasteten vollkommen (Windscheid I. § 74 A. 4 fg.; § 89 A. 3 fg.; A. 11 über die l. 42 pr. de O. et A. 44, 7, dazu Fitting Rückziehung S. 39 fg., Köppen success. Entst. S. 28 fg., 62 fg.; vgl. auch Puntschart d. mod. Theorie S. 37, 200). Interessant ferner l. 36 de R. C. (12, 1); l. 11 pr. de don. i. v. e. ux. (24, 1). — Vgl. auch Bekker Syst. II. § 107, § 116; Regelsberger I §§ 155, 156; § 164.

kommen, vor demselben alles so zu halten sei, wie es der Thatsache entspricht, dass der Berufene eben noch nicht Erbe ist, vielmehr der Erbschaft noch fremd („extraneus", „nondum dominus") gegenüber steht [1]). Der Quellenbeweis hiefür ist durch die früheren Ausführungen über die praktische Behandlung der hereditas jacens nach dem Stande der Quellen [2]) bereits vorbereitet [3]). Diesen Entscheidungen liegt allenthalben das Prinzip zu Grunde, dass, sofern es sich um die rechtliche Beurtheilung eines in die Zeit der hereditas jacens fallenden Thatbestandes handelt, derselbe zunächst nicht aus der Person des künftigen Erben zu beurtheilen sei, dass vielmehr die Anerkennung der Erbschaft als einer universitas den leitenden Gesichtspunkt bilde, mag auch der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit in der besonderen Natur dieses Vermögens ihre Beschränkung und in der Anlehnung an die Person des Erblassers ihren Massstab finden [4]). Und wenn die Anerkennung jenes Axioms bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und beim bedingten Rechtsgeschäft der Frage wegen der Rückwirkung der späteren Ratihabition und der Erfüllung der Bedingung jedenfalls nicht präjudiciert, so wird das Gleiche auch in Betreff des späteren Erbschaftserwerbes gesagt werden dürfen.

Aus dem vorhandenen Quellenmaterial lassen sich folgende Punkte herausheben, an denen sich die Richtigkeit des Gesagten zu bewähren hat:

a) Rechtsgeschäfte des Erbschaftssklaven auf den künftigen Erben;

b) Erbschaftserwerb mittels des Erbschaftssklaven;

c) rechtliche Vorgänge im Verhältnis des Delaten zur Erbschaft;

---

[1]) S. die Stellen oben I. S. 168, 176, 179 A. 2; 409 A. 4; dazu auch l. 3 § 6 de neg. gest. (3, 5): „— — — neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse viedetur." L. 10 pr. de test. tut. (26, 2): „— quasi nondum sit nec speretur (sc. tutor testamentarius)."

[2]) Oben I. 2. Abschnitt.

[3]) Darin dürfte auch die Rechtfertigung für diese Ausführungen gefunden werden. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 551.

[4]) Oben I. S. 278 fg.

d) subjective Ungewissheit oder objective Gewissheit als Grundlage der Beurtheilung;

e) Massstab für die Rechtsfähigkeit der Erbschaft.

a) Rechtsgeschäfte, welche während der hereditas jacens unmittelbar auf den künftigen Erben abgeschlossen werden.

Nicht alle möglichen Fälle dieser Art haben für unseren Zweck ein Interesse; sondern nur diejenigen, in welchen ein Rechtsgeschäft, aus dem eine Berechtigung gegen einen Dritten erwächst, von einem Organe der Erbschaft nicht auf diese selbst, sondern auf den Delaten derselben abgeschlossen wird. Nicht in Betracht kommen also einseitige letztwillige Zuwendungen [1]) eines Dritten; solche können nach römischem Rechte nur auf den Erbschaftssklaven lauten, nicht auf die Erbschaft selbst, wohl auch nicht auf den Erbschaftsdelaten als solchen, während nach heutigem, z. B. dem österreichischen Rechte an der Zulässigkeit der beiden letzteren Formen kaum gezweifelt werden kann [2]). Was hingegen die Rechtsgeschäfte unter Lebenden betrifft, so interessiert hier wieder nicht der Fall, dass dieselben von einem Erbschaftscurator mit einem Dritten auf den „künftigen Erben" abgeschlossen werden: hier kämen die Theorien der Verträge zu Gunsten Dritter in Frage [3]), überdies wäre das Geschäft,

---

[1]) Der Erbvertrag kommt für das römische Recht überhaupt nicht, für das heutige Recht wenigstens in dem vorausgesetzten Falle nicht in Betracht.

[2]) S. oben I. S. 196 fg., S. 198 A. 2 (dazu aber Dusi l. c. S. 115), S. 199 fg.; S. 209 fg. — Vgl. ferner S. 157 fg. in Betreff des ususfructus (dazu Dusi l. c. S. 82).

[3]) S. oben I. S. 183 A. 10. — Auch nach österr. Recht erscheint der Delat noch als extraneus bis zur Erbeserklärung, factisch sogar bis zur Einantwortung, selbst wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses überlassen wird (§ 810 a. b. G. B., § 145 Verl. Pat., §§ 43, 122, 127 eod.). Ein Verlassenschaftscurator als solcher kann keine Erbeserklärung überreichen, er hat den berufenen Erben nur auszuforschen (§ 129 eod.); dagegen soll er nach einer Entsch. d. oberst. Ger.-Hofes v. 5. Jänner 1881 eine dem Erblasser selbst angefallene Erbschaft antreten können.

wenn der Promissar nur als Delat gemeint ist, ein bedingtes. Im römischen Recht bildet der Fall einer cura hereditatis die Ausnahme [1]; dafür tritt hier die rechtliche Thätigkeit des Erbschaftssklaven in den Vordergrund [2]. Dieser kann ex persona domini [3], als welcher die Erbschaft gilt, für diese mit dritten Personen Rechtsgeschäfte abschliessen. Schliesst er aber das Rechtsgeschäft für den „künftigen Erben" ab, so geben uns die Quellen für den Hauptfall der Stipulation hinreichenden Aufschluss, worüber schon früher ausführlich gehandelt wurde [4]. Bei der Stipulation spielt das Moment der Simultaneität des rechtlichen Thatbestandes eine wichtige Rolle [5]; und da ersehen wir aus den Quellen, dass über die Giltigkeit einer solchen Stipulation eine Controverse bestand; dass dieselbe aber nicht die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes an sich betraf, sondern nur die Zulässigkeit ihrer Verwendung vor dem Antritte; dass die Ansicht von der Unzulässigkeit derselben zum Siege gelangte, aber nur für den Fall, dass der „künftige Erbe" in der Stipulation namentlich bezeichnet war, während die simpliciter [6] auf den heres futurus concipierte Stipulation als in rem, also gewissermassen auf die Erbschaft selbst concipiert behandelt wurde [7].

---

[1] Oben I. S. 117 A. 2, S. 129 A. 1. S. ferner Dusi l. c. S. 137 fg., 140 fg.

[2] Oben I. S. 161 fg. (117 A. 2).

[3] Citate I. S. 456 i. f. Vgl. auch Hölder Beitr. z. Gesch. d. röm. Erbr. S. 3 fg.

[4] Oben I. S. 167 fg., 174 fg. — S. noch Dusi l. c. S. 32, 84 A. 2, S. 93.

[5] Oben I. S. 152; S. 354; II. S. 38, A. 1.

[6] Stellen oben I. S. 167; dazu l. 15 § 3 de castr. pec. (49, 17), Fitting castr. pec. S. 154 A. 7, S. 265 fg., 376.

[7] Köppen in seiner Schrift ‚de vi quam retro exerc. . .' S. 29 fg. hatte noch die Giltigkeit der auf den ‚heres futurus' gestellten Stipulation mit der unitas personae von Erbschaft und Erben begründet, und auf diesen Gesichtspunkt, nicht auf den der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes, auch die Meinung des Cassius in l. 28 § 4 de stip. serv. zurückgeführt; jene Einheit aber nur bei einem unbestimmt gelassenen Delaten angenommen.

Der Kern dieser zur Herrschaft gelangten Ansicht ist nun kein anderer als der Satz, dass während eines Schwebeverhältnisses für alle Rechtsacte die bisherige Sachlage, der Standpunkt der Gegenwart, nicht der der Zukunft massgebend sei. Für die hereditas jacens kommt dieser Satz bei der Stipulation des Erbschaftssklaven überhaupt zum Ausdrucke, insoferne dieselbe auch ohne Setzung einer Bedingung als bedingt erscheint [1]), und insoferne sie ihre Wirksamkeit aus der Person des Erblassers schöpft, nicht aus der des Delaten [2]), eben weil dieser ihr gegenüber noch ein extraneus ist.

b) Erwerb der Erbschaft oder eines Erbschaftsstückes mittels des Erbschaftssklaven.

In den Digesten findet sich wiederholt, in verschiedenem Zusammenhange und in verschiedenen Wendungen, ein schon dem alten Rechte angehöriger Satz, welcher lautet, es könne dem Erben durch den Erbschaftssklaven nichts zu derselben Erbschaft Gehöriges erworben werden [3]).

---

[1]) S. 73 § 1 de V. O. (45, 1): oben I. S. 184 fg., 288 A. 6, 7, II. S. 34 fg. In Betreff der Acceptilation gegenüber dem Erbschaftssklaven: l. 11 §§ 2, 3 de acceptil. (46, 4): oben I. S. 191 fg. . Vgl. auch l. 32 § 23 de don. i. V. et U. (24, 1): „— potest dici, pendere acceptilationem, non ipsam sed effectum ejus.“ L. 20 eod.: „— in pendenti puto esse causam obligationis.“ Ueber die Acceptilation bei einer bedingten Schuld vgl. Fitting Rückziehung S. 55 fg.

[2]) L. 33 § 2, l. 34 de acquir. r. d. (41, 1): oben I. S. 163; zu A. 2 s. noch Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven S. 43 A. 101, der vermuthet, dass im Worte „assumit“ eine Corruptel aus „conventio sumit“ vorliege; — ferner Fitting castr. pec. S. 294 A. 6 i. f.; Dusi l. c. S. 34 A. 4.

[3]) Julian l. 43 de acq. her. (29, 2): „Heres per servum hereditarium ejusdem hereditatis partem vel id, quod ejusdem hereditatis sit, adquirere non potest.“ Ulpian l. 18 de acquir. r. d. (41, 1): „Per hereditarium servum, quod est ejusdem hereditatis, heredi adquiri non potest, et maxime ipsa hereditas.“ Paulus l. 1 § 16 de acquir. poss. (41, 2): „Veteres putaverunt, non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit ejusdem hereditatis.“ — Vgl. besonders Schmidt die Persönlichkeit des

Schmidt meint, dass unter dem „servus hereditarius“ der Sklave nach dem Erbschaftsantritte verstanden werden müsse, da es vor dem Antritte ohnehin ganz selbstverständlich sei, dass dem Erben durch den Erbschaftssklaven nichts erworben werden könne. Nach Anführung der Fälle, in denen hiernach jener Satz zur Anwendung gekommen sein soll, bemerkt Schmidt, derselbe habe „nur geringen inneren Werth“.

Wir wollen zunächst die Frage aufwerfen, ob der Satz nach dieser Auffassung überall einen Sinn hat und wie er sich begründen lässt? Wenn nämlich der Erbschaftssklave durch den Antritt des Erben dessen Eigenthum geworden ist, warum soll er dann nicht ein gewöhnliches Erwerbsorgan für den Erben sein? Was aber die Erbschaft, zu dem der Sklave gehörte, betrifft, so kann nach dieser Auffassung vom Erwerbe derselben resp. dessen, was zu ihr gehört, ja keine Rede mehr sein? Mit seinem Antritte hat der Berufene, wenn er Alleinerbe ist, die ganze Erbschaft und damit alle einzelnen Vermögensstücke erworben; ist er Theilerbe — ein Fall, der ebenfalls erwähnt wird [1]) — so hat er, wenn der Mitberufene nicht Erbe wird, den Antheil des letzteren schon mit seinem eigenen Erbtheil erworben.

Einen Sinn ergibt unser Satz bei der erwähnten Auffassung eigentlich nur in Betreff des Besitzerwerbes an Erbschaftssachen; und Bekker scheint ihn auch nur darauf zn beziehen, indem er ihn in der Lehre vom Besitz der Erbschaft als eine der Controversen anführt. Thatsächlich wird er auch in einigen Quellenstellen auf den Fall des Besitzerwerbes bezogen [2]), u. z. wohl in dem Sinne, dass der Erbe nicht durch den Erbschaftssklaven den Besitz der übrigen Erbschaftssachen erwerben könne. Es wird berichtet [3]), dass die Frage erörtert wurde, ob jene Regel auch auf andere Erwerbstitel (ausser dem des Erbrechts) aus-

---

Sklaven S. 35—40 (er verweist auf Cujac. observ. 24, 10); Bekker Recht des Besitzes S. 294 fg.; Fitting castr. pec. S. 110 A. 12; Salkowski Sklavenerwerb S. 16 A. 25. S. auch oben I. S. 156 A. 5.

[1]) L. 43 cit.; l. 1 cit. in § 17.

[2]) So in l. 1 § 16 fg.. l. 38 de acq. poss. (41, 2).

[3]) L. 1 § 16 cit.

zudehnen sei, und gesagt, sie sei zu verneinen: so könne beim Legat, beim Kauf, bei der Schenkung mehrerer Sklaven durch den Einen der Besitz der Uebrigen erworben werden [1]). Es wird gesagt [2]), dass, wenn dem Erben der Sklave auch legiert wurde, er allerdings durch ihn den Besitz einer Erbschaftssache erwerben könne; ferner [3]), dass der Erbe durch den Erbschaftssklaven dann den Besitz von Erbschaftssachen erwerben könne, wenn dieser Sklave dem Erblasser nur erst geschuldet war (aus dem Titel des Kaufes, der Stipulation, einer letztwilligen Verfügung) und vom Schuldner dann dem Erben übergeben wurde: weil hier der Sklave selbst noch nicht zur Erbschaft gehörte, sondern nur der Anspruch auf denselben.

Darnach soll also nur der Erbe nicht durch einen Erbschaftssklaven den Besitz der übrigen Erbschaftssachen erwerben können, und auch nur dann nicht, wenn er den Sklaven „jure hereditario" erworben hat [4]). Worin soll aber der Grund davon liegen? Heisst es doch, dass „plenius est jus successionis quam emtionis" [5]). Für den Fall, dass der Erbe am Sklaven selbst noch nicht den Besitz erworben hat, wäre die Entscheidung begreiflich [6]); und wenn es heisst, dass bei anderen Erwerbstiteln (z. B. Schenkung) unsere Regel nicht gelte, so ist wohl vorausgesetzt, dass am einen Sklaven der Besitz bereits erworben sei, wenn durch ihn der der übrigen Sklaven erworben werden soll [7]). Aber in einer Stelle [8]) ist gerade vorausgesetzt, dass dem Erben der Sklave übergeben wurde, und dennoch wird gesagt, dass unsere Regel hier nur deswegen nicht zur Anwendung komme, weil der Erbe den Sklaven nicht jure hereditario erworben habe.

---

[1]) Aehnlich so in l. 48 eod.

[2]) L. 1 § 17 eod.

[3]) L. 38 § 2 eod.

[4]) L. 38 § 2 cit.

[5]) L. 13 § 4 eod. Vgl. Bekker a. a. O. S. 293 fg.

[6]) Nach dem Gesichtspunkte, mit dem Nerva in l. 1 § 22 eod. (41, 2) begründen will, dass die municipes nicht einmal durch ihre Sklaven Besitz erwerben können: ‚quia ipsos servos non possident'.

[7]) Arg. l. 48 eod. (41, 2).

[8]) L. 38 § 2 cit.

Allerdings handelte es sich in diesem Falle um den Sklaven nach dem Erbschaftsantritte [1]); aber es handelte sich auch nicht um einen Erbschaftssklaven.

Nach all' dem muss man fragen, wie denn unsere Regel, wenn sie auf die Zeit nach dem Erbantritte bezogen und vom Erwerbe des Besitzes der übrigen Erbschaftssachen verstanden wird, in dem Falle sich begründen lasse, wenn der Erbe am Sklaven selbst bereits den Besitz erworben hat? — Es gibt aber noch andere und grössere Schwierigkeiten: nach den betreffenden Fragmenten muss es sich gar nicht um den Erwerb eines einzelnen Erbschaftsstückes („quod ejusdem hereditatis sit") durch den Sklaven handeln, es kann sich auch handeln um den Erwerb eines Erbschaftstheiles („ejusdem hereditatis partem") oder gar um den der Erbschaft selbst („maxime ipsa hereditas"). Wie soll aber nach dem Erbschaftsantritte noch vom Erwerbe der Erbschaft mittels des Sklaven gesprochen werden können? Um da noch einen Sinn herauszubringen, müsste wieder an den Besitzerwerb gedacht werden, obwohl es sich hierbei doch nur um den Besitz der einzelnen Erbschaftssachen, nicht der Erbschaft selbst als einer universitas juris handeln könnte [2]). Allenfalls könnte auch daran gedacht werden, dass in der ältesten Zeit zum Erbschaftserwerbe der blosse Antritt vielleicht nicht genügte, sondern es auch der Besitzergreifung bedurfte [3]) Auf anderem Wege dürfte es schwer halten, unserer Regel eine innere Begründung abzugewinnen.

Einen Anhaltspunkt bietet wohl der Umstand, dass diese Regel nur für den Erben gelten soll, nicht auch für den Erwerber aus einem anderen Rechtstitel. Bei der Erbfolge nun drängt sich der Gedanke auf, dass der Sklave nur einen Theil des Ganzen, der universitas bildet [4]), daher sowohl der Erbschaft selbst, als auch den übrigen Erbschaftsgegenständen nicht als etwas juristisch Selbständiges gegenübersteht. Aber dieser Gedanke

[1]) Der Verkäufer hat ihn „heredi" des Käufers tradiert.
[2]) Vgl. Gaius II. 54; oben I. S. 16 A.; S. 436 A.
[3]) Oben I. S. 423.
[4]) L. 36 de stip. serv.

trifft nur zu für die Zeit vor dem Erbschaftsantritte. Es möchte sich daher die Frage doch rechtfertigen, ob unter dem „servus hereditarius“ in den betreffenden Fragmenten nicht dennoch der Sklave vor dem Erbantritte gemeint sei? Wie häufig das Wort in dieser Bedeutung gebraucht wird, ist bekannt. In der älteren Literatur hat man es denn auch regelmässig so verstanden und die bezüglichen Fragmente in diesem Sinne erklärt [1]).

Dass bei dieser Auffassung die oben erwähnten Schwierigkeiten mit einem Schlage verschwinden würden, bedarf kaum der Bemerkung. Aber — heisst es — bei solcher Auffassung wäre ja unsere Regel etwas ganz Selbstverständliches gewesen? Wir glauben doch nicht so ganz: war doch unter den römischen Juristen auch einst sreitig, ob ein servus hereditarius für den heres futurus giltig stipulieren könne. Es wäre daher immerhin denkbar, dass Manche mit der Rückwirkung des künftigen Erbschaftserwerbes operieren wollten, um die Möglichkeit zu begründen, dass der Delat mittels der Erbschaftssklaven die Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder ein einzelnes Erbschaftsstück

---

[1]) Die Glosse zur l. 43 cit. sagt: ‚Et ratio perspicua haec est, quia quum per hereditatem servum hereditarium adquirat (sc. heres), fieri non potest vice mutata, ut per servum hereditarium hereditatem vel partem hereditatis adquirat vel quicquam aliud ejusdem hereditatis‘. Cujac.; Andere sagen: ‚rationem esse urgentem disputationem‘; oder: ‚quia dedignatur per comparem quaeri; nam et asinus auribus intumesceret, si per comparem se videret comprehendi‘; oder: ‚quia hereditas, in qua est institutus, non potest per alium adquiri‘. Aehnlich zu l. 18 cit., zu l. 1 § 16 cit. — In den Randbemerkungen der kleineren Gothofred. Ausgabe des corp. jur. wird zu den cit. Fragmenten fortwährend gesagt, der servus hereditarius sei eben noch ein servus hereditatis, nicht heredis, und dies sei der Grund unserer Regel. Und zur l. 1 § 16 cit. wird unter lit. m hinzugefügt; ‚Alioquin est ridiculum et minime conveniens superioribus casibus ratio, quam Accursius affert, per hereditarium servum alium hereditarium non posse nos possidere, quod asinus intumescat, si per comparem se videat apprehendi. Est enim falsa ea ratio, quam post Aretinum et Jasonem affert Zasius — —: quia quaelibet res hereditaria et hereditas sunt una et eadem res juris intellectu; non igitur posse hereditarium servum alium adquirere, quia se ipsum (quod est absurdum) adquireret‘. —

erwerbe [1]). Freilich ist hier der Widersinn ein noch grösserer: gilt der Sklave als Eigenthum des Erben schon ex tunc, so muss das Gleiche auch von der Erbschaft selbst, bezw. den dazu gehörigen Erbschaftsstücken gelten, — wenigstens was die Eigenthumsfrage betrifft; Besitz aber hätte der Erbe am Sklaven ohne Apprehension überhaupt keinen. Ferner: wohl kann der Erbschaftssklave für die Erbschaft erwerben, dem Erben gegenüber aber erscheint er noch als blosser Theil der Erbschaft, wird also selbst erst durch diese vom Erben erworben.

Schmidt begründet schliesslich unsere Regel folgendermassen: „Die ganze Regel — scheint auf dem Gedanken zu beruhen, dass es, weil der servus hereditarius dem Erben durch die Erbschaft erworben wird, gegen die formale Logik verstossen würde, wenn umgekehrt diese und was zu ihr gehört, dem Erben durch den servus hereditarius erworben würde“ [2]). Aber gerade so hat schon die Glosse raisonniert. —

Unsere Regel hat in der Literatur, allerdings nicht ohne Widerspruch, eine interessante Verwendung gefunden: nämlich zur Entscheidung des Falles, dass von zwei Miteigenthümern eines Sklaven der Eine diesen Sklaven ohne Freiheitsertheilung zum alleinigen Erben eingesetzt hat. Ueber die Entscheidung selbst ist man zwar einig: dass der andere Miteigenthümer die ganze Erbschaft des Testators (und damit auch dessen Antheil am Sklaven) erwerbe; in der Begründung aber gehen die Ansichten auseinander.

Mühlenbruch meint, gegen diese Entscheidung scheine zwar unsere Regel zu sprechen, denn bei consequenter Durchführung derselben wäre in der That die ganze Erbeinsetzung als unwirksam zu erklären; aber der Satz, dass der gemeinschaftliche Sklave die Person zweier Sklaven vorstelle (l. 1 § 4 de stip. serv.), müsse, wie beim Vermächtnis (Pauli r. s. III. 6 § 4 und a. St.), so auch bei der Erbeinsetzung zu der angegebenen Entscheidung führen; und bewiesen werde ihre Richtigkeit durch

---

[1]) Auftrag zur Erklärung des Antretungswillens.

[2]) A. a. O. S. 39.

Ulpiani fr. XXII. § 10. Gleiches gelte auch nach Justinian. Rechte [1]).

Salkowski hingegen bemerkt, dass unsere Regel in diesem Falle gar nicht Anwendung finde: es handle sich nicht um einen Erwerb durch einen hereditarius servus, sondern um einen Erwerb durch den dem Erwerber, wenn auch nur zu einem Theile, schon früher gehörigen Sklaven; durch diesen als eigenen Sklaven erwerbe er die seinem Antheile entsprechende Quote der Erbschaft, damit aber zugleich die ganze Erbschaft — nicht anders, wie wenn Jemand allein zum Erben, aber bloss auf einen Bruchtheil eingesetzt ist [2]).

Wir stimmen der letzteren Ansicht zu; dafür spricht wohl auch der § 18 der l. 1 de acquir. poss. [3]), der für den dabei vorausgesetzten Fall [4]) doch die Unanwendbarkeit unserer unmittelbar vorher (§ 16 eod.) ausgesprochenen Regel andeuten will [5]).

c) Rechtliche Vorgänge während der hereditas jacens, an welchen der Delat als solcher betheiligt ist.

Die hieher gehörigen Fälle haben mit den sub a) besprochenen eine gewisse Verwandtschaft: wie hier die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes von der Vorfrage abhängig

---

[1]) In Glück's Pand. 39. Theil S. 200 fg., 207 fg.

[2]) Zur Lehre v. Sklavenerwerb S. 15, 16 u. A. 25.

[3]) „Idem dicendum est, si servum communem jussero adire hereditatem: quia propter partem meam adquiro.“

[4]) Salkowski a. a. O. Anm. 25 sagt, vorausgesetzt sei offenbar (?), dass der gemeinschaftliche Sklave mitsammt einem Dritten zum Erben eingesetzt ist.

[5]) Ueber den Fall, dass der Miteigenthümer den servus communis mit Freiheitsertheilung zum Erben eingesetzt hat, ferner, dass er ihm noch einen Miterben gesetzt hat, s. Mühlenbruch a. a. O., Salkowski a. a. O. — In Betreff des dem servus communis von einem Miteigenthümer ausgesetzten Legates, namentlich auch des Legates seines Antheiles an diesem Sklaven, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 204 fg., Steinlechner juris communis II. S. 77 fg., Salkowski a. a. O. S. 19 fg.

ist, ob der Delat im Hinblicke auf die rückwirkende Kraft seines künftigen Erbschaftserwerbes schon jetzt als Eigenthümer der Erbschaft behandelt werden dürfe oder nicht, — ebenso muss auch dort die Beurtheilung der in Betracht kommenden rechtlichen Ereignisse in Betreff ihrer Giltigkeit, bezw. der Art ihrer Wirksamkeit verschieden ausfallen, jenachdem die erwähnte Vorfrage so oder anders beantwortet wird.

Die Fälle nun, von denen die Aufschrift spricht, wurden bereits oben eingehend erörtert [1]). Es wurde hiebei die Ansicht bekämpft, dass aus der Annahme rückwirkender Kraft des Erbschaftserwerbes als Consequenz sich ergeben würde, die Beurtheilung der bezüglichen Rechtsvorgänge müsse nach dem Gesichtspunkte erfolgen, dass der Delat mit dem Tode des Erblassers Subject der Erbschaft bezw. der in ihr enthaltenen Rechtsverhältnisse geworden sei. Es wurde vielmehr aus den Quellen zu erweisen gesucht, dass die Frage, wie solche Vorgänge vor dem Erbschaftsantritte zu beurtheilen sind, von der Frage, wie sie nach dem Antritte beurtheilt werden, auch dann ganz unabhängig sei, wenn diesem Antritte rückwirkende Kraft beigelegt wird; dass, insoferne nicht einer auf die Erbschaft sich beziehenden Handlung des Delaten die Bedeutung einer pro herede gestio zukommt [2]), das Prinzip massgebend sei, der Delat als solcher stehe der Erbschaft noch als extraneus gegenüber; endlich dass für die Frage, ob die durch dieses Prinzip bedingte Regelung des Interimsverhältnisses einen definitiven oder nur einen provisorischen Charakter habe, zwar an sich darnach zu beantworten sei, ob dem Erbschaftserwerbe rückwirkende Kraft

---

[1]) I. S. 241 ffgg.

[2]) Für den Fall der Veräusserung einer Erbschaftssache durch den Delaten s. die Citate oben I. S. 241 A. 3. Meistens wird in dieser Handlung allerdings ein stillschweigender Antritt der Erbschaft zu erblicken sein, wie Ulpian fr. XXII. 26 sagt: „Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur: velut qui auctionem rerum hereditariarum facit . .“; nothwendig aber ist das nicht, wie l. 4 de relig. (11, 7) sagt: „— finge enim, adhuc eum deliberare de adeunda hereditate“. S. auch c. 1 C. de jure delib. (6, 30). Vgl. Pfersche privatr. Abh. S. 345 fg.

zukommt oder nicht, dass aber mit ersterer Auffassung eine durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit gebotene Modification ebenso verträglich sei [1]), wie durch die letztere Auffassung eine nachträgliche Widerlegung dessen, was in der Zwischenzeit als wahr galt, nicht ausgeschlossen wird. Auf diesen Punkt werden wir später zurückkommen [2]).

d) Subjective Ungewissheit oder objective Wahrheit als Massstab der Regelung des Pendenzverhältnisses.

Unter den Fällen der vorigen Kategorie begegnet uns ein solcher, für dessen Entscheidung die Vorfrage von prinzipieller Bedeutung ist, ob bei einer Pendenz, über deren Ausgang also Ungewissheit herrscht, der Beurtheilung der in dieses Stadium fallenden rechtlichen Thatsachen die subjective Ungewissheit der Parteien, oder die objective Wahrheit des Sachverhaltes zu Grunde zu legen sei. Wir meinen den Fall, dass ein Haussohn nach dem Tode des Vaters während der Schwangerschaft der Mutter (Witwe des Erblassers) eine erbschaftliche Forderung zum vollen Umfange einklagte. Aus den hieher gehörigen Fragmenten [3]), welche schon früher erörtert wurden [4], ersehen wir, dass für die Frage der Klageconsumtion von einem Theile der römischen Juristen die objective Wahrheit in Betreff der Nachgeburt eines Miterben, von einem anderen Theile aber die subjective Ungewissheit als Basis der Entscheidung bezeichnet wurde, und dass die letztere Ansicht zum Siege gelangte [5]). Das heisst aber nichts

---

[1]) Vgl. oben II. S. 36.

[2]) S. oben II. S. 22 fg.

[3]) L. 36 de solut. (46, 3); l. 28 § 5 de jud. (5, 1), l. 30 § 6 de acquir. her. (29, 2); l. 38 de R. C. (12, 1); § 6 J. de V. O. (3, 15).

[4]) Oben I. S. 253 fg.; zu A. 5 S. 254 vgl. noch Enneccerus Susp. Bed. und Anf. Term. S. 101 fg., Rechtsgesch. S. 172 fg.

[5]) Es sei darauf hingewiesen, dass der subjective Standpunkt hier gerade von Sabinianern (Sabinus, Cassius) vertreten wurde, unter Zustimmung Julian's, — während in Betreff der Stipulation ‚heredi futuro' es Sabinianer (Cassius, Gaius) waren, welche den objectiven Standpunkt

anderes als: während der Pendenz (Ungewissheit über den Ausgang der Schwangerschaft und damit des Erbrechts eines postumus) ist für die einschlägigen Rechtsfragen die Sachlage der Gegenwart, nicht die der Zukunft als massgebend zu betrachten.

So ist es ja auch im Falle einer wahren Bedingung[1]). Bei einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten sog. Bedingung wird in den Quellen die objective Wahrheit als entscheidend erklärt[2]); aber der Grund davon ist offensichtlich: hier liegt eine eigentliche Pendenz nicht vor, wie ja auch nicht eine wahre subjective Ungewissheit[3]).

---

vertheidigten (l. 28 § 4 de stip. serv.). Hierin dürfte ein neues Argument dafür erblickt werden, dass unter den römischen Juristen nicht ein Streit um die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes an sich geführt wurde, sondern nur um die Verwendung desselben vor dem Eintritte der rückwirkenden Thatsache.

[1]) Vgl. z. B. l. 36 de R. C. (12, 1); oben II. S. 47 A. 3. — Enneccerus Suspens. Beding. und Anf. Term. S. 88 fg.; er betont in Betreff der eigentlichen Bedingung, dass blosse subjective Ungewissheit nicht genüge, dass aber auch nicht von objectiver Gewissheit gesprochen werden sollte. „Eine eigentliche, die Pendenz des Rechtsgeschäftes bewirkende Bedingung ist nur dann vorhanden, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache durch ihre Natur (zur Zeit des Setzens der Bedingung) dem menschlichen Erkenntnissvermögen entzogen ist" (S. 100). Doch dürfe sie nicht für immer unerforschlich sein. S. ferner Enneccerus Rechtsgesch. S. 171 fg.; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 545 A. 17.

[2]) § 6 J. de V. O. (3, 15), ll. 37, 38 de R. C. (12, 1); s. oben I. S. 257 A. 2.

[3]) § 6 J. cit. gibt als den Grund an, dass eben objective Gewissheit („per rerum naturam certa") bestehe, obzwar vielleicht subjective Ungewissheit („apud nos incerta"). Aber erstere besteht doch immer. Richtiger sagt l. 38 cit.: „Respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire(i), eam debitu iri." — Fitting civil. Arch. 39. Bd. S. 305 fg., indem er die Bedingung definiert als „Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äusseren, als objectiv ungewiss gedachten Umstandes" (S. 349), erklärt nur die auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Bedingungen als uneigentliche, dagegen jede auf die Zukunft gestellte Bedingung als eine eigentliche. Vgl. bes. Pfaff-Hofmann a. a. O; Regelsberger Pand. I. § 151.

Für die stellvertretende Geschäftsführung ohne Auftrag vor der Ratihabition ist jener Standpunkt, wie oben hervorgehoben wurde [1]), in den Quellen ebenfalls verwirklicht; und was den Erbschaftsantritt betrifft, den wir ja ebenfalls als eine Ratihabition auffassen, so liegt den das Interregnum der hereditas jacens betreffenden Quellenentscheidungen überall der Standpunkt der subjectiven Ungewissheit, also der Gegenwart zu Grunde [2]).

§ 45. e) Massstab für den Umfang der Rechtsfähigkeit der hereditas jacens.

Bei Beurtheilung der Rechtsfähigkeit der hereditas jacens auf dem Gebiete des Vermögensrechtes ist, wie oben betont wurde, zwischen der Rechtsfähigkeit derselben in abstracto und in concreto zu unterscheiden [3]).

In ersterer Beziehung handelt es sich um die Frage, von welchen Rechtsverhältnissen eine Erbschaft überhaupt ausgeschlossen ist, in dem Sinne, dass dieselben weder für sie neu begründet, noch von ihr nach dem Erblasser fortgesetzt werden können. Bekanntlich ist in dieser Beziehung zwischen dem römischen und dem heutigen Rechte schon mit Rücksicht auf die Vertretung der Erbschaft ein gewisser Unterschied begründet [4]). Davon ist auch der Werth jener Formel bedingt, welche für die Rechtsfähigkeit der Erbschaft in abstracto aufgestellt wurde, und welche negativ ausgedrückt lautet: die Erbschaft ist unfähig aller Rechtsacte bezw. Rechtsverhältnisse, wozu es ent-

---

[1]) II. S. 47.

[2]) In dem Falle der cit. l. 36 de solut. ist sowohl der lebende filius als auch der gehoffte postumus als Suus et necessarius heres zu denken (I. S. 255); aber das Erbrecht des letzteren ist, solange der Ausgang der Schwangerschaft ungewiss ist, immerhin ein pendentes Erbrecht. S. Anhang.

[3]) Oben I. S. 114 fg.; 118 fg.; 159 fg. Vgl. Dusi l. c. S. 77 fg., 81 fg., 103, 114 fg.

[4]) Oben I. S. 117 A. 2, S. 129 A. 1, S. 161 fg.; II. S. 52 A. 1, 2.

weder der Thätigkeit oder wenigstens der Existenz eines natürlichen Subjectes bedarf [1]).

In letzterer Richtung frägt es sich, ob die einer Erbschaft an und für sich zugänglichen Rechtsgeschäfte bezw. Rechtsverhältnisse auch bei jeder einzelnen Erbschaft vorkommen können, oder ob die Fähigkeit dazu noch an eine besondere Voraussetzung, die bald zutreffen, bald fehlen kann, geknüpft sei? In letzterem Falle aber dürfte doch nicht von „Arten" der hereditas jacens gesprochen werden, wie man wohl von Arten der juristischen Person spricht; denn die Erbschaft, selbst wenn sie unter den letzteren Begriff fallen würde [2]), wäre ihrerseits nur eine bestimmte Art desselben. Jene Frage lässt sich auch dahin ausdrücken, ob die Rechtsfähigkeit der Erbschaft lediglich aus ihr selbst heraus, aus ihrem Wesen und Zweck, dem Begriffe des einen Herrn erwartenden Vermögens zu bestimmen sei, oder ob sie an der Rechtsfähigkeit einer bestimmten natürlichen Person ihren Massstab zu finden habe? Hierbei könnte natürlich nur entweder die Person des Erblassers oder die des berufenen Erben in Betracht kommen.

Dass nun über diese Frage unter den römischen Juristen einmal eine Meinungsdivergenz herrschte, wurde oben ausgeführt. In Betreff der erbrechtlichen capacitas wurde selbst die dritte Möglichkeit berücksichtigt: dass auf Niemandes Person zu sehen sei, während in Betreff der testamenti factio passiva und des commercium inter vivos der Streit nur die beiden anderen Möglichkeiten betraf. Dieser Streit erscheint seit dem Juristen Julian als erledigt, u. z. im Sinne der Rücksichtnahme auf die Person des Erblassers;

„Hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti" [3]).

---

[1]) Oben I. S. 117, 146, 158, 162. Zur l. 61 de acq. r. d. (41, 1) — Lit. I. S. 146 A. 1, dazu Schmidt a. a. O. S. 47 A. 107, Dusil. c. S. 81 A. 3 — vgl. auch die l. 19 de acq. r. d. (41, 1), dazu Salkowski Sklavenerwerb S. 174 fg.

[2]) S. oben I. S. 27 fg., 57 fg., 114 fg. u. unten.

[3]) S. die Quellenstellen I. S. 8 fg.; ferner S. 117, 163 fg., 203 fg., 210 fg., 223 fg., 279 fg.

Auf die eigentliche Bedeutung der in diesen Worten liegenden Personification der Erbschaft, über welche so viele Theorien aufgestellt wurden [1]), werden wir später zurückkommen. Bekanntlich wird sie häufig nur als Ausdruck des Massstabes für den Umfang der Rechtsfähigkeit der Erbschaft erklärt [2]). Und daran ist so viel ausser Zweifel, dass jene Formel sich jedenfalls auch, ja vorzugsweise auf diese Frage beziehe. Die Quellen bezeugen dies auf das klarste, indem jene Formel wiederholt sowohl für Erwerbungen unter Lebenden wie von Todeswegen im angegebenen Sinne umschrieben wird [3]).

Auch die Frage soll noch ausgesetzt bleiben, weshalb überhaupt die Rechtsfähigkeit der Erbschaft an die einer concreten natürlichen Persönlichkeit angelehnt, warum sie nicht aus ihr selbst heraus bestimmt wurde [4])? Hier interessiert uns zunächst die Frage, warum man sich gegen die Rücksicht auf die Person des künftigen Erben entschied?

Für die Römer hatte jene Controverse nicht bloss eine theoretische, sondern auch eine grosse praktische Bedeutung im Hinblick auf das Erfordernis des commercium bei civilen Erwerbsarten; und sofern der Erwerb für die Erbschaft vorzugsweise durch Sklaven derselben vermittelt wurde, ist es begreiflich, dass jene Frage in den Quellen vorwiegend für den Fall des Sklavenerwerbes sich erörtert findet, wenn auch der Ansicht, es gebe sonst keinen Fall nach jus civile, in welchem es einen Unterschied machen würde, ob die Person des Erben oder die des Erblassers zu Grunde gelegt wird, — mit Recht entgegen-

---

[1]) Oben I. S. 25 fg., 95, 109, 290; s. auch Dusi l. c. S. 85 fg.

[2]) Oben I. S. 26, 33, 46, 95, etc.

[3]) S. l. 33 § 2 de acq. r. d. (41, 1) im Verhältnis zu l. 34 eod. (dazu pr. J. de stip. serv. 3, 17): oben I. S. 163 fg.; l. 31 pr. de her. inst. (28, 5) im Verhältnis zu § 1 eod. (dazu l. 52 eod., § 2 J. de her. inst. 2, 14): oben I. S. 204 fg.; l. 55 § 1 de leg II. (dazu l. 12 § 2, l. 116 § 3 de leg. I.): oben S. 211 fg.; l. 20 (21) § 1 de neg. gest. (3, 5): oben I. S. 223 fg.

[4]) Einzelnes hierüber bereits oben I., z. B. S. 280; 117, 205, 95 u. A. 1, S. 38. Vgl. Dusi l. c. S. 63 fg., S. 85 fg.

getreten wurde [1]). Für das moderne Recht hat diese Frage wegen der Ausgleichung der Gegensätze im Statusrecht allerdings eine viel geringere Bedeutung. Für das österreichische Recht meinen Pfaff-Hofmann, dass sie kaum je praktisch werden dürfte [2]). Ganz bedeutungslos ist sie wohl nicht, wenn man an den möglichen Einfluss der Religion, der Staatsbürgerschaft auf die Rechtsfähigkeit, namentlich für den Erwerb von Grundeigenthum denkt [3]). Ueberdies gibt es Fälle, in denen das commercium der Person nicht in Betracht kommt und dennoch das Resultat ein verschiedenes ist je nach der Beantwortung jener Frage [4]).

Indem man sich seit Julian gegen die Rücksicht auf die Person des künftigen Erben entschied, welches war der leitende Gesichtspunkt dafür? In aller Regel wird diese Entscheidung auf einen Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit zurückgeführt — so dass also das juristische Wesen der hereditas jacens davon unberührt bliebe —; u. z. begegnen wir der Begründung, dass die Persönlichkeit des Erben noch unbekannt bezw. ungewiss, die des Erblassers aber bekannt und gewiss sei, dass daher bei

---

[1]) Oben I. S. 69 fg.; 102 fg.; dazu noch Dusi l. c. S. 5 fg., 45, 90 fg.

[2]) Comment II. S. 34 A. 22.

[3]) Fälle dieser Art wären: Erblasser war eine Ordensperson, oder ein Deserteur, und es soll für sein früheres Vermögen, das nun Erbvermögen ist, ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden. Oder: Einem Nachlass fällt von dritter Seite eine Realität zu, der berufene Erbe aber ist ein Ausländer, gegen den Retorsion besteht; oder er ist israelitischer Religion; oder es fehlt ihm die erforderliche Landtafelfähigkeit, das Ingenat oder Incolat; oder das Gut ist ein Bauerngut, der Berufene aber Ausländer. In Oesterreich sind die letzteren drei Beschränkungen nicht mehr in Geltung; s. jetzt Randa Eigenthumsrecht I. 2. Aufl. § 2 (vgl. auch dessen Besitz § 9); allgemein über die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit: Unger Syst. I. §§ 30 fg., § 45 i. f.; Krainz Syst. 2. Aufl. I. §§ 70 fg. (169, 192).

[4]) Vgl. Ihering Abhandl. S. 174, 178, 202 fg., 207. Es handelt sich hiebei hauptsächlich um rechtliche Vorgänge während der hereditas jacens, an denen der Delat selbst betheiligt war. S. oben I. S. 241 fg.; 223 fg.; II. S. 59 fg.

Zugrundelegung der ersteren eine sichere Berechnung der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes unmöglich wäre [1]). Diese Begründung findet sich schon in der älteren Literatur [2]); sie kehrt aber auch bei neueren Schriftstellern wieder, nicht bloss bei Savigny, sondern auch bei solchen, die im Uebrigen seine Gegner sind [3]).

Es liegt derselben auch ohne Zweifel ein richtiger Gedanke zu Grunde; aber durchschlagend ist sie wohl nicht. Jenem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit steht ein juristischer Gesichtspunkt gegenüber, der eher für die Rücksicht auf die Person des künftigen Erben sprechen möchte: der Gesichtspunkt, dass der Nachlass für den Erben bestimmt ist, während der Verstorbene nicht mehr in Betracht zu kommen scheint — wie denn auch eine vom Erbschaftssklaven auf den Erblasser abgeschlossene Stipulation unter allen Umständen ungiltig ist, nicht aber die auf den künftigen Erben lautende [4]). Köppen hat früher in diesem Gesichtspunkt sogar die Erklärung des Satzes von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes gefunden, und die Nichtverwendung desselben zur Bestimmung der Rechtsfähigkeit der Erbschaft hauptsächlich auf praktische Erwägungen zurückgeführt [5]). Und Ihering, der jenen Gesichtspunkt mit besonderer Energie betont, macht dem (neueren) römischen Rechte den Vorwurf, dass es den Stützpunkt der Erbschaft, der in Wirklichkeit in der Zukunft liege (in der Person des Erben), fälschlicher Weise in die Vergangenheit (in die Person des Erblassers) verlege [6]). Pfaff-Hofmann meinen freilich, diese Behauptung werde bei Unbefangenen keine Billigung finden, weil die Person des Erben vielleicht nicht einmal objectiv noch

---

[1]) Vgl. dazu den Vorwurf, welchen man dem gegenwärtigen Stande des sog. ›internationalen Privatrechts‹ mit Recht gemacht hat.

[2]) Citate bei Ihering Abhandl. S. 188 A. 1; S. 192.

[3]) S. oben I. promiscue, z. B. S. 69 fg., 77 fg., 87 fg., 101 A. 2, 165, 288.

[4]) Oben II. S. 51 fg.

[5]) Oben I. S. 85 fg., 105 fg.; 46 A. 1.

[6]) Oben I. S. 50 fg. insbesondere S. 53 A. 1, 79 fg., 103 fg., 393. Uebrigens spricht Ihering sich gegen das Rückwirkungsprinzip aus: oben I. S. 104, 286 fg.

feststehe, daher nicht massgebend sein könne, wo Eigenschaften der Erwerbsperson in Frage kommen. Daraus folge von selbst die Rücksicht auf die Person des Erblassers [1]). (Hievon später.)

Auch die Römer betonen bei Gelegenheit, dass der Erbe vorerst noch unbekannt bezw. ungewiss sei [2]); doch scheinen sie daran, dass sich bei einem Suspensionsverhältnis der Umfang der Rechtsfähigkeit des Vermögens nicht von vorneherein bestimmen lässt, nicht unter allen Umständen Anstoss zu nehmen. Dies zeigt sich in Folgendem.

In Betreff des Erwerbes (durch Legat, Stipulation), den ein servus castrensis nach dem Tode des filius familias miles und vor dem Antritte des Testamentserben macht, wird bei Marcellus die Frage erörtert, „ex cujus persona vel stipulatio vires habeat vel legatum“? Ulpian entscheidet sich für die Ansicht des Scaevola und des Marcellus:

> „Si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo; si adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda“ [3]).

Das heisst: Im ersteren Falle ist die Person des Haussohnes (als des Erblassers), nicht die seines Erben für die Giltigkeit des Erwerbes massgebend [4]); im letzteren Falle die des Hausvaters (als des Herrn des Sklaven); und wie im ersteren Falle der filius als der bisherige Eigenthümer des Sklaven erscheint, so gilt auch im letzteren Falle der paterfamilias nicht etwa als Successor im Eigenthum desselben — analog dem Erben des filius —, sondern ebenfalls als bisheriger Eigenthümer [5]). —

---

[1]) Commentar II. S. 34. Vgl. oben S. 38, 95 A. 1.

[2]) Vgl. l. 13 § 5 quod vi aut clam (43, 24): „— nec referre, Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent . . .“ L. 55 § 1 de leg. II.: „— omnimodo ad eum pertineat (legatum), quicunque postea heres extiterit.“ L. 14 de transact. (2, 15): „— propter incertum successionis —.“ L. 2 de quaest. (48, 18): „— quamdiu incertum est, ad quem bona pertineant.“

[3]) L. 33 pr. de acq. rer. dom. (41, 1).

[4]) Entsprechend dem § 2 dieses Fragmentes.

[5]) Nach dem Gesichtspunkte, dass der Nachlass des Sohnes dem Vater jure peculii verbleibt. S. Anhang.

Wir haben nun hier einen Fall, in welchem es zur Zeit des Erwerbes jedenfalls noch ungewiss ist, aus wessen Person — des Vaters oder des Sohnes — der Erwerb des Sklaven seine Wirksamkeit schöpft, diese Frage sich vielmehr erst ex postfacto beantwortet [1]).

Die vor Julian bestandene Controverse wird manchmal, wenn nicht gar nur als ein anderer Ausdruck, so doch als eine Consequenz des Gegensatzes betrachtet, der zwischen der Persönlichkeits- und der Rückwirkungsfiction innerhalb der römischen Jurisprudenz bestanden hätte [2]). Darnach wäre die Lehre von der rückwirkenden Kraft des Erbschaftserwerbes eigentlich schon von Julian zu Falle gebracht worden. Aber von einem solchen Gegensatz zwischen jenen beiden Prinzipien an sich wissen wir aus den Quellen nichts, sondern nur von einem Gegensatze über die Frage, ob mit der Rückwirkung schon vor dem Erbantritte operiert werden dürfe [3]). Und gerade mit diesem Streite steht die obige Controverse in innerem Zusammenhange. Damit sind wir aber auch bei der Lösung des uns beschäftigenden Problems angekommen.

Mögen nämlich auch Opportunitätsgründe die Ansicht, dass die Rücksicht auf die Person des künftigen Erben nicht massgebend sein könne, unterstützt haben: der wahre juristische Grund kann doch nur der sein, dass der Erbe vor seinem Antritte der Erbschaft wenigstens in dem Sinne noch als Fremder (extraneus) gegenüber steht, dass er noch nicht als Subject der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten betrachtet werden kann. Es wäre nun aber wieder nichts als ein Operieren mit der Wirkung vor der Ursache, wollte man den Umfang der Rechtsfähigkeit der Erbschaft nach der des künftigen Erben bestimmen.

---

[1]) In Betreff des unbedingten Vindicationslegats vgl. l. 86 § 2 de leg. I. Der Erwerb seitens des Sklaven eines captivus schöpft seine Wirksamkeit allerdings immer aus der Person des letzteren, mag er zurückkehren, oder in der Gefangenschaft sterben. (Ueber die letztwillige Honorierung desselben s. l. 32 § 1 de her. inst. 28, 5; l. 98 de leg. I.)

[2]) S. jetzt auch Dusi l. c. S. 30; 60 fg.

[3]) Oben I. S. 278 fg.; 112 fg., 170 fg., 180 fg.

Und dieser Gesichtspunkt trifft allgemein zu, während der der Ungewissheit oder Unbekanntschaft des Erben vielleicht in einem gegebenen Falle nicht begründet ist. Ersterer aber ist wieder identisch mit dem Prinzip, dass für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse während der hereditas jacens der Standpunkt der Gegenwart, nicht der der Zukunft, der Standpunkt subjectiver Ungewissheit, nicht der objectiver Gewissheit massgebend sei. —

Was ist nun aber hier der Standpunkt der Gegenwart? Man sollte glauben, dass der Umfang der Rechtsfähigkeit der Erbschaft abstract, aus ihrem gegenwärtigen Bestande zu bestimmen wäre [1]); denn aus der Ablehnung der Rücksicht auf die Person des Erben folgt an sich noch nicht die Nothwendigkeit der Anlehnung an die Person des Erblassers [2]). Die Quellen aber vertreten den letzteren Standpunkt; allerdings kommt derselbe in einer Formel zum Ausdrucke, die zugleich eine Personification der Erbschaft selbst enthält:

„Hereditas personae defuncti vice fungitur."

Ueber die Bedeutung dieser Personification muss später noch gehandelt werden. Hier sei nur die Frage erörtert, ob die häufig vertretene Ansicht [3]) richtig sei, dass jene Worte nur sagen wollen, die Rechtsfähigkeit der Erbschaft gehe parallel mit der ihres bisherigen Subjectes? [4]) Thatsächlich umschreiben die Quel-

---

[1]) Wie in Betreff der Capacität in l. 55 § 1 de leg. II. die Frage, „utrum heredis an defuncti an neutrius persona spectari debeat", im letzteren Sinne beantwortet wird. Oben I. S. 211 fg., und zu den das. cit. Schriftstellern: Schmidt a. a. O. S. 47 A. 106; Fitting castr. pec. S. 292 A. 4; Ferrini l. c. S. 387, 140; Dusi l. c. S. 83 A. 3.

[2]) Oben I. S. 280.

[3]) Oben II. S. 65 A. 2.

[4]) S. insbesondere Ihering Abh. S. 203 fg. — Dusi l. c. S. 85 fg. meint, jene Formel scheine zwar vorzugsweise dazu bestimmt, Erwerbungen zu rechtfertigen, bei welchen auf die Erwerbsfähigkeit einer gewissen und bekannten Person gesehen werden müsse; sie wolle aber im Uebrigen ebenso wie die anderen Formeln, in welchen die Anlehnung

len jene Formel auch mit den Worten: „testantis personam spectandam esse"; aber das wird dann gerade mit der Personification der Erbschaft begründet; überdies heisst es vom Erwerbe des Erbschaftssklaven, dass er „ex persona defuncti vires assumit" [1]). Die letztere Ausdrucksweise wurde als etwas „Mystisches" bezeichnet [2]); dass sie aber kein blosses Bild [3]) sei, aber auch nicht mit der ersteren Wendung sich decke, ergibt sich daraus, dass die Quellen gewöhnlich vorausschicken: „ein Skave hat die Erwerbsfähigkeit aus der Person seines dominus", und dann hinzufügen: „auch ein Erbschaftssklave ist erwerbsfähig, obwohl die Erbschaft nullius ist, eben weil sie die Stelle des Erblassers vertritt" [4]). Das Verhältnis des Erbschaftssklaven zum Erblasser ist also in derselben Weise gedacht wie das eines Sklaven zu seinem lebenden Herrn; von dem letzteren aber kann doch nicht gesagt werden, er sei blosser Gradmesser für die Erwerbsfähigkeit seines Sklaven [5]). Zwar wird, wenn es einerseits heisst, die testamenti factio eines fremden Sklaven sei aus der Person seines Herrn abgeleitet [6]), ein anderes Mal auch gesagt, die Person des Herrn komme nur für die Frage in Betracht, ob die test. factio vorhanden sei oder nicht, während die Honorierung selbst ihre Wirksamkeit aus der Person des Sklaven schöpfe [7]); aber darin liegt nur so viel, dass der Sklave nicht ein blosses Instrument seines Herrn sei wie eine Sache [8]).

---

an die Person des Erblassers fehlt, ausdrücken, dass die Erbschaft selbst eine ‚juristische Subjectivität' habe, dass sie sich, wenn auch beschränkt, der physischen Person, dem Menschen nähere.

[1]) L. 33 § 2, l. 34 de acq. r. d. (41, 1) enthält alle drei Wendungen. I. S. 163 fg., II. S. 53 A. 2.

[2]) Oben I. S. 204 A. 2.

[3]) Oben I. S. 33, 46, 85, 95.

[4]) Vgl. bes. pr. J. de stip. serv. (3, 17); § 2 J. de her. inst. (2, 14); l. 31 pr. § 1 de her. inst. (28, 5), l. 64 eod., l. 116 § 3 de leg. I.

[5]) Liter. Citate oben II. S. 52 A. 3.

[6]) L. 31 pr. de her. inst. (28, 5), l. 12 § 2 de leg. I. l. 5 de serv. leg. (33, 3).

[7]) L. 82 § 2 de leg. II.

[8]) S. oben I. S. 211. Die cit. l. 82 § 2 will mit jenen Worten nur begründen, dass einem fremden Sklaven auch eine Sache seines Herrn

Schon aus dem Gesagten möchte folgen, dass auch für den Erbschaftssklaven die Person des Erblassers mehr als blosser Massstab für die Erwerbsfähigkeit sei; wird doch auch in Betreff des Erwerbes durch einen servus castrensis während der Deliberation der Testamentserben des Sohnes das Verhältnis zum letzteren und zu dessen Hausvater gleichartig aufgefasst [1]). Allerdings heisst es in den Quellen auch, die Erbschaft gelte für einen Herrn, und deshalb könne ihr wie einem Herrn durch einen Sklaven etwas erworben werden [2]); und so könnte Jemand einwenden, die Person des Erblassers sei dennoch nur Massstab für ihre Erwerbsfähigkeit, während der Grund derselben in der Erbschaft selbst liege. Wie unrichtig aber diese Meinung wäre, zeigt sich bei der Erbeinsetzung eines Erbschaftssklaven. Die Erbschaft selbst kann nicht zum Erben eingesetzt werden, denn sie hat nicht die testamenti factio passiva [3]); wie sollte also sie die persona sein, aus welcher die Einsetzung des Sklaven „vires capit"? Aus seiner eigenen Person hat der Sklave die testamenti factio sicher ebenfalls nicht, denn „testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est" [4]). Die Person des künftigen Erben kann wieder nicht die Grundlage bilden, denn er ist noch extraneus, auch persona incerta [5]). Wer anders also blieb

---

oder eine Forderung desselben an einen Dritten giltig legiert werden könne, obwohl doch ein Legat dieser Gegenstände an den Herrn selbst nicht möglich sei, und dass für jenes Legat nur die Voraussetzung bestehe, dass der Sklave, wenn er frei würde, Rechte dieser Art zu erwerben fähig sei. Aus der Vorschrift also, dass bei testamentarischen Verfügungen auf die Person des Sklaven zu sehen sei, sei dann der Satz entstanden, es könne einem Erbschaftssklaven legiert werden. — In diesem Sinne finden sich auch andere Stellen, denen zufolge der Sklave in gewisser Richtung als derjenige erscheint, aus dessen Person ein Rechtsact ‚vires capit', z. B. l. 11 de leg. I.; l. 1 § 1 de usufr. accr. (7, 2), — während im Uebrigen hinsichtlich des Verhältnisses des Sklaven zu seinem Herrn doch kein Zweifel besteht (vgl. Gaius II. 87).

[1]) L. 33 pr. de acq. r. d. (41, 1): oben II. S. 68.

[2]) L. 61 pr. eod. S. oben I. S. 145 fg.

[3]) Oben I. S. 196 fg.

[4]) L. 31 pr. de her. inst. (28, 5), l. 5 de serv. leg. (33, 3).

[5]) Oben I. S. 198 A. 2.

für die Erbeinsetzung des Sklaven als Quelle der Wirksamkeit übrig, als gerade die Person des Erblassers, sollte nicht überhaupt auf die Möglichkeit solcher Erbeinsetzung verzichtet werden? [1])

Der Gedanke übrigens, dass die Rechts- und Verpflichtungsfähigkeit der Erbschaft in der Person des Erblassers, nicht in der des Erben ihren Ausgangspunkt habe, ist in den Quellen nicht bloss für den Sklavenerwerb ausgesprochen; er erhält einen geradezu plastischen Ausdruck in Betreff des für das funus des Erblassers gemachten Aufwandes, wenn es vom Ersatsberechtigten heisst: „cum defuncto contrahere videtur, non cum herede“ [2]). Doch ist Ulpian gegen den Verdacht, dass er damit die Lehre vom Fortleben der Persönlichkeit des Erblassers verkünden wolle [3]), geschützt durch die Andeutung des Quasi-Contracts [4]), sowie durch eine andere jeden Zweifel beseitigende Aeusserung [5]). Spricht er doch auch von einem nur „natürlichen“, nicht civilen Eigenthum des Verstorbenen [6]).

Wenn nun die Anlehnung der Erbschaft an die Person des Erblassers nicht bloss bedeuten würde, dass ihre Rechtsfähigkeit sich nach der des Erblassers bemesse, sondern auch, dass sie sich auf dieselbe gründe, aus ihr entspringe, dann wäre der Grund des ersteren Satzes bereits in dem letzteren Satze gegeben; dafür aber würde nun der letztere zu einer Erklärung herausfordern. In der That, wie soll die Person des Erblassers, der nicht mehr lebt [7]), sein hinterlassenes Vermögen noch be-

---

[1]) So bereits oben I. S. 205 (203); 215.

[2]) L. 1 de relig. (11, 7); oben I. 225 A. 2; S. 285 A. 2.

[3]) Dusi l. c. S. 30 fg., 47 fg., 49, 61 meint allerdings, dass gerade Ulpian diese verkehrte Theorie (S. IX. A. 3) vertreten habe.

[4]) „— contrahere videtur“; vgl. § 1 J. de obl. quasi ex contr. (3, 27), l. 5 pr. de O. et A. (44, 7).

[5]) L. 3 § 6 de neg. gest. (3, 5): „— quoniam neque testatoris jam defuncti — — negotium gessisse videtur“. S. oben I. S. 221 A. 3, S. 223 A. 2.

[6]) L. 4 de relig. (11, 7): oben I. S. 285 A. 1. Vgl. c. 30 C. de jure dot. (5, 12).

[7]) Dieses Moment betonen auch die Quellen: l. 41 de R. C. (12, 1):

herrschen, d. h. ihm Einheit geben und seine Rechtsfähigkeit bestimmen? Wäre das nicht eine reine Fiction? Gibt man das aber zu, dann steht man vor der Nothwendigkeit, den ersteren Satz zu begründen. Als solche Begründung möchte sich der Gesichtspunkt darbieten, es sei doch natürlich, dem Erbvermögen keine grössere Rechtsfähigkeit beizulegen, als die seines bisherigen Subjectes. Aber dem steht die Frage gegenüber, ob die Rechtsfähigkeit der Erbschaft nicht vielmehr eine geringere ist [1]), und ob es nicht noch natürlicher wäre, ihr die desjenigen beizulegen, der nunmehr ihr Subject sein soll? [2]).

Werfen wir einen Blick auf die vorhandene Literatur, so zeigt sich auch hier viel Schwanken. Dass diejenigen Schriftsteller, welche den Grund davon, dass die Rücksicht auf die Person des Erben abgelehnt wurde, in der Ungewissheit resp. Unbekanntschaft derselben erblicken, unseren Satz auf die Gewissheit resp. Bekanntschaft der Person des Erblassers als geeigneten Anhaltspunkt für Erwerbungen, namentlich durch Sklaven, zurückführen, ist naturgemäss. So vor allen Savigny, aber auch die meisten neueren Schriftsteller [3]). Durchschlagend war diese Begründung freilich nie; denn abgesehen davon, dass ein Suspensionsverhältnis auch beim civilen Erwerb möglich war [4]), ist das Erbvermögen selbst nicht weniger etwas Gewisses und Bestimmtes als die verschiedenen Arten des Zweckvermögens [5]).

So gibt denn ein Schriftsteller ausser jenem „praktischen" Grunde als „inneren Grund" an, „dass die Erbschaft bis zum Antritt des Erben noch als das Vermögen des Verstorbenen angesehen werden muss" [6]); ohne Berücksichtigung dieses Umstandes könnte

---

„— domino jam mortuo —"; l. 3 § 6 de neg. gest. (3, 5): „— testatoris jam defuncti —". S. oben I. S. 284.

[1]) S. oben I. S. 114 fg.; 118 fg., 137 fg., 145 fg., 196 fg.

[2]) Oben I. S. 280; S. 166.

[3]) Oben II. S. 67 A. 3. Hieher gehört auch Dusi l. c. S. 85; 31 fg.

[4]) Oben I. S. 70; S. 288.

[5]) Vgl. I. S. 197.

[6]) Köppen Erbschaft S. 44, 42, 55. Vgl. Markusen her. jac. S. 87, 88: „Der Erbschaftssklave, welcher stipulirt, steht — noch unter

„weder das Commercium des Erblassers, noch das des künftigen Erben in Betracht kommen“ [1]). — Aber dieser innere Grund läuft in Wirklichkeit wieder auf die Idee des Fortlebens der Person des Erblassers hinaus, die jener Schriftsteller so entschieden bekämpft [2]). Im Uebrigen erinnert jener Grund an Ulpian's „Naturaleigenthum des Verstorbenen“ [3]).

Auch die mannigfachen Wendungen, durch welche man das Verhältnis der Erbschaft zum Erblasser einerseits und zum Erben andrerseits anschaulich zu machen sucht [4]), vermögen unsere Regel nicht vollständig aufzuhellen. Denn mag auch hiernach der Erblasser als der Grund der hereditas erscheinen und ihr seine Signatur verleihen, so bleibt doch immer die Frage offen, wie so, wenn „das Rechtsband, welches den Erblasser und sein Vermögen umschlang“, gelöst ist, wenn der Erblasser, dessen Person „dem Vermögen die Einheit gab“, gestorben ist, und dessen „Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht vererbt wird“ [5]), — die Person des Verstorbenen noch für sein hinterlassenes Vermögen bestimmend sein soll? Aber auch die Verbindung unserer Regel mit der Auffassung des Erbrechts als eines dominium hereditatis [6]) lässt ihre Zweifel zurück; denn mag auch diese Auffassung [7]) „die Anerkennung der Persönlichkeit nach der Seite des Vermögens

---

dem Bann, unter der Herrschaft seines verstorbenen Herrn. Von diesem muss er die Kraft erhalten, ein Geschäft abzuschliessen.‹ ›(Der subjective Wille) verkörpert sich in seinem Vermögen und dauert daher in demselben auch nach seinem Tode fort‹. Zu letzterem Gedanken vgl. oben I. S. 37 A. 1 und S. 38 A. 1 über Lassalle u. Zitelmann; s. auch Dusi l. c. S. 100.)

[1]) Köppen eod. S. 44.

[2]) Eod. S. 6 und in anderen seiner Schriften; s. oben I. S. 32 fg., S. 44 fg.

[3]) Oben II. S. 73 A. 6.

[4]) Oben I. S. 38, S. 95 A. 1, dazu noch das Citat in Ihring's passiv. Wirk. S. 202 A. 23; Hölder in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung XVI. S. 224. S. auch Kuntze Institut. Excurse zu § 336 sub B.

[5]) Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 6 fg.

[6]) Pfaff-Hofmann eod. S. 34.

[7]) Literatur oben I. S. 39 Anm., II. S. 19 A. 1.

hin“ ausdrücken [1]), so scheint sie deswegen noch nicht die Anknüpfung der hereditas gerade an die Person des Erblassers als fortbestimmenden Factors zu bedingen [2]).

Während so unsere Regel von der einen Seite als eine Nothwendigkeit zu begreifen und zu erklären gesucht wird, fehlt es andrerseits auch nicht an Schriftstellern, welche eine Nothwendigkeit dafür nicht anerkennen. So schon Ihering gegen Savigny, u. z. ganz allgemein [3]). Nach Brinz war der Rückgriff auf den Erblasser nur um der testamenti factio willen nothwendig, insoferne die für die Erbeinsetzung erforderliche test. factio passiva zur Zeit der Einsetzung da sein musste; in allen anderen Stücken dagegen war Pendenz möglich [4]). Er citiert Ihering als Gegner [5]), welcher in der That die Ansicht vertritt, dass selbst für die Erbeinsetzung die Rückwirkungsfiction ausgereicht hätte, dass die Vortheile und Nachtheile, welche sich bei einer Verschiedenheit zwischen Erblasser und Erben in Betreff der testamenti factio ergeben, jenachdem man die Rückwirkungs- oder die Persönlichkeitsfiction zu Grunde lege, sich compensieren, ja dass erstere Fiction dabei noch im Vortheile bleibe [6]).

Auch wir möchten zwischen Erbeinsetzung (resp. Vermächtnis) und anderen Vermögenszuwendungen unterscheiden, aber nach folgendem Gesichtspunkte.

---

[1]) Pfaff-Hofmann eod. S. 7.

[2]) Nach Kuntze a. a. O. ist der Grund der Anlehnung der Erbschaft an den defunctus theils ein nationaler, theils ein praktischer: Der römische Nationalsinn habe dem Willen des paterfamilias die Macht eines schöpferischen Fortwaltens zugesprochen, und jene Anlehnung an ihn sei der civilistische Reflex dieser nationalen Anschauung gewesen; das praktische Bedürfnis aber habe ebenfalls den Gedanken der civilistischen Unsterblichkeit des Römers, d. h. das Fortwirken seiner Person im hinterlassenen Vermögen gefordert. Im Uebrigen findet er gerade in der hereditas die Idee der Pendenz am vollkommensten entwickelt.

[3]) S. vorhin II. S. 74 A. 4.

[4]) Pand. 2. Aufl. III. S. 39, 40. (Oben I. S. 204 A. 2, S. 107 fg.)

[5]) Eod. A. 35.

[6]) Abhandl. S. 174 fg.

Für die Erbeinsetzung des Erbschaftssklaven war der Anhalt an die Person des Erblassers in der That unerlässlich. Die zwischen den obigen Schriftstellern streitige Frage, ob auch hier „Pendenz", „Suspension" möglich gewesen wäre, ist, wie sich aus den Worten derselben ergibt, identisch mit der Frage, ob auch hier die Rückwirkungsfiction verwendbar war. Nach unserer Auffassung liegt bei der hereditas jacens eine Pendenz immer vor, nämlich zwischen Eigenthum des Erben und Herrenlosigkeit des Nachlasses [1]). Etwas anderes aber ist die Verwendung der Retrotractivkraft vor dem Antritte des Erben [2]). Der wahre Grund für die Nothwendigkeit des Rückgriffes auf die Person des Erblassers lag darin, dass die testamenti factio passiva nach römischem Recht schon im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muss [3]), der einzusetzende Sklave also schon in diesem Augenblicke die test. factio aus der Person eines fähigen Herrn haben muss, als solcher aber für den Erbschaftssklaven weder die Erbschaft selbst erscheint, noch auch der Delat, der, mag er auch nachträglich durch Rückwirkung als fähiger dominus sich darstellen, es im Augenblick der Erbeinsetzung des Sklaven noch nicht war [4]). —

Was die übrigen Vermögenszuwendungen betrifft, so scheint für den Rückgriff auf die Person des Erblassers ein ähnlicher zwingender Grund wie bei der Erbeinsetzung nicht vorzuliegen, selbst dann nicht, wenn sie „streng civiler Natur" sind, wie Stipulation, Mancipation. Wenn aber als Grund davon angegeben wird, dass hier Suspension, Pendenz möglich sei, so ist dabei wieder die Verwendbarkeit des Rückwirkungsprinzips gemeint. Diese aber ist weder vorhanden noch nöthig: ersteres nicht, weil die rückwirkende Thatsache noch nicht eingetreten ist; letzteres nicht, weil die Erbschaft selbst als geeigneter Anhaltspunkt erscheint. Was nämlich die Stipulation des Erbschaftssklaven betrifft, so ist dieselbe, auch wenn sie unbedingt abge-

---

[1]) Oben I. S. 184 fg., II. S. 20 fg.; 34 fg.
[2]) Oben II. S. 42 fg., insbes. S. 65 fg.
[3]) Oben I. S. 347 fg.
[4]) S. vorhin II. S. 72.

schlossen wird, dennoch in gewissem Sinne bedingt [1]). Indem sie „ex praesenti vires capit“ [2]), ist allerdings im Augenblick ihres Abschlusses ein fähiger Stipulant vorausgesetzt. Als solcher aber ist hier gerade der Erbschaftsdelat nicht zu betrachten, mag auch die stipulatio „heredi futuro“ aus einem anderen Gesichtspunkt giltig sein [3]). Dagegen kann die Stipulation auf die Erbschaft selbst gestellt werden, während gerade ihre Stellung auf den Erblasser selbst nicht möglich ist [4]). Allerdings ist dabei die Voraussetzung, dass es sich um ein der Erbschaft überhaupt zugängliches Rechtsverhältnis handelt [5]); aber entgegengesetzten Falles würde ja auch die Anlehnung an die Person des Erblassers nichts nützen. — Aehnlich wird es sich mit der Mancipation verhalten haben — an deren Stelle in der Justin. Compilation die Tradition gesetzt und der Stipulation an die Seite gestellt wird [6]) —. Beim Legat ist wieder die testamenti factio im Augenblick seiner Errichtung erfordert [7]), dasselbe wird aber dann der Erbschaft selbst erworben, auch wenn deren Erbe der Capacität entbehrt [8]).

Wie ist es nun zu erklären, dass die Quellen auch bei den erwähnten Vermögenszuwendungen die Wirksamkeit aus der Person des Erblassers ableiten [9])?

Uns ergibt sich die Lösung dieser ganz prinzipiellen Frage aus allen bisherigen Ausführungen von selbst. Die eigentliche Bedeutung der hereditas jacens liegt darin, dass die überhaupt

---

[1]) S. vorhin S. 77 A. 1. Vgl. l. 14 § 1 de castr. pec. (49, 17): „— in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligatur“.

[2]) Oben I. S. 152.

[3]) Vorhin II. S. 51 fg.

[4]) Oben I. S. 167.

[5]) Oben II. S. 64 A. 1.

[6]) Vgl. l. 33 § 2 de acq. r. d. (41, 1): oben I. S. 163 A. 3; ebenso l. 14 § 1, l. 15 § 3 de castr. pec. (49, 17): Fitting c. p. S. 154 A. 7, S. 295. — Vgl. aus vielen Beispielen hievon frg. Vat. 80 mit l. 3 § 1 de usufr. accr. (7, 2).

[7]) Oben I. S. 210 fg.

[8]) L. 55 § 1 de leg. II., oben S. 211 fg.

[9]) Z. B. pr. J. de stip. serv. (3, 17); l. 33 § 2, l. 34 de acq. r. d. (41, 1).

vererblichen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen in dem bisherigen Bestande aufrecht erhalten und zusammen gehalten werden, damit der Berufene, wenn er will, als Subject derselben eintreten kann. Bisher hatten diese Rechtsverhältnis den Grund ihrer Existenz und ihres Zusammenhanges in der Person des Erblassers. Dieses einigende Band ist mit seinem Tode beseitigt. Dasselbe wäre bei sofortigem Eintritt eines Successors ersetzt [1]). Aber dieser Eintritt ist noch ungewiss und jedenfalls aufgeschoben. So müssten eigentlich alle Rechtsverhältnisse in nichts zerfallen; es soll aber auch bei späterem Eintritt des Successors dasselbe Resultat bestehen, wie bei sofortigem Eintritt [2]). Da lässt nun die herrschende Ansicht das objective Recht aufrücken [3]) und jenes zusammenhaltende Band schlingen, welches bisher in der Person des Erblassers gegeben war; und um diesen Vorgang mit den herkömmlichen Rechtsbegriffen in Einklang zu bringen, wurde, früher ziemlich allgemein und vereinzelt noch jetzt, die Person des Erblassers als in der Erbschaft fortlebend gedacht [4]).

Aber dieser oder einer anderen Fiction bedarf es überall nicht. Es besteht bereits ein Zustand der Pendenz, der darin seinen Grund hat, dass ein Universalsuccessor durch einen rechtlichen Willen giltig, aber weil einseitig, noch nicht wirksam gesetzt ist, und dass das Wirksamwerden dieser Setzung nur mehr von der Zustimmung, Genehmigung des Gesetzten abhängig ist. In der Schwebe ist also das Erbrecht des als Erbe Gesetzten, und damit erscheint auch das Erbvermögen als etwas rechtlich Bedingtes. Es entspricht nun der Natur dieses Schwebezustandes, dass während desselben alles so gehalten wird, wie es bisher war. Das Vermögen des Erblassers als solches wird aufrecht erhalten, und damit die einzelnen Vermögensstücke. So bleibt der Sklave des Erblassers von diesem Bande der Gesammt-

---

[1]) „Continuatio dominii", S. oben I. S. 10.

[2]) Vgl. nur l. 193 de R. J. Ferner Gaius II. 37, III. 87.

[3]) S. oben I. S. 45. Hieher gehört wohl auch das „objectiv-rechtliche Erbverhältnis", der „Erbverband" Puntschart's: Fundament. Rechtsverh. S. 131 fg., Moderne Theorie S. 391 fg.

[4]) Oben I. S. 29 fg., 38 fg.

heit umschlungen[1], denn er gehörte ja bisher zum Vermögen und bleibt auch ferner in demselben[2]. Er hatte bisher die Fähigkeit, ein Erwerbsgeschäft für seinen Herrn abzuschliessen, z. B. eine Stipulation. Wäre er von seinem Herrn derelinquiert worden, so wäre er dieser Fähigkeit verlustig geworden; als Erbschaftssklave aber behält er sie bei[3]. Diese Fähigkeit hatte er bisher ex persona domini; er bleibt daher auch jetzt in derselben, wie wenn er noch seinen alten Herrn hätte[4]. Und wenn er sie bei Lebzeiten des letzteren nur soweit hatte, als sie diesem selbst zukam, so ist es nur consequent, wenn sie auch jetzt noch nach der Fähigkeit seines verstorbenen Herrn beurtheilt wird[5], nicht nach der seines künftigen Herrn; und nur, wenn er bisher noch eines besonderen jussus seines Herrn bedurfte, müsste der neue Herr, d. h. der Erbe abgewartet werden[6].

Von diesem Standpunkte verlieren die bezüglichen Quellenaussprüche wohl alles „Mystische“. Ganz nüchtern lautet der Satz, dass der Erbschaftssklave stipulieren könne, weil die Erbschaft — das universum jus defuncti — die Person des Erblassers vertrete[7], aus welcher eben der Sklave das jus stipulandi hatte. Etwas bildlicher klingt die Formel, dass die Stipulation oder andere Rechtsacte desselben aus der Person des Verstorbenen ihre Wirksamkeit schöpfen[8]; aber ein Missverständnis ist da ebenso wenig mehr möglich, wie dort,

---

[1] L. 36 de stip. serv. 45. 3: „universo hereditatis jure retinetur, continetur“. Vgl. zu letzteren Worten L. 40 § 1 de usurp. (41. 2), dazu Klein Sachbesitz 176 fg. mit Cit.

[2] L. 12 § 1 de captiv. 49. 15: „quia hi sc. servi bonorum fuerunt et esse perseverant“.

[3] L. 36 cit.

[4] Oben II. S. 71 A. 4.

[5] Dieser Gesichtspunkt wurde für die Erbeinsetzung schon oben I. S. 206 angedeutet; allgemeiner eod. S. 114.

[6] L. 61 pr. de acquir. r. d. 41. 1; oben I. S. 146; 201 fg.

[7] Oben II. S. 71 A. 4.

[8] Oben II. S. 71 A. 1. 7. Diese Ausdrucksweise findet sich auch sonst; z. B. L. 3 § 2 de jure codic. 29. 7.

wo von einem (Quasi-) Contract mit dem Erblasser [1]), von einem natürlichen Eigenthum desselben [2]), von einem fortdauernden Willen desselben [3]) gesprochen wird [4]).

Aus dem angegebenen Gesichtspunkte erklärt sich auch leicht, dass der Rückgriff auf die Person des Erblassers nicht bloss im Geschäftsverkehre der Erbschaftssklaven eine Rolle spielte — mochte er auch hier vielleicht seinen Ausgangspunkt und jedenfalls seine vorzüglichste Anwendung haben —, dass er vielmehr für das ganze ökonomische und juristische Leben der Erbschaft seine Bedeutung hatte, wie dies auch durch die Quellen bezeugt ist und gegen Savigny nachgewiesen wurde. Wie Eigenthum und potestas am Sklaven, so bleiben ja alle übrigen nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse aufrecht und verbunden, und darin ist die Möglichkeit weiterer Entwickelung begründet [5]). Jede rechtliche Veränderung in der Erbschaft hat schliesslich in einem Erbschaftsstücke ihren Grund — und wäre das der Erbschaftssklave selbst [6]); dasselbe führt daher wieder auf den Erblasser zurück. Wie aber jede solche Veränderung bei Lebzeiten des Erblassers immer dessen ganzes Vermögen afficierte [7]), so ergreift sie auch nach seinem Tode die ganze Verlassenschaft. Wie z. B. aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag für eine lebende Person dem Geschäftsführer eine Ersatzforderung gegen diese

---

[1]) Oben II. S. 30, S. 73 A. 4.

[2]) Oben II. S. 73 A. 6.

[3]) L. 4 pr. de manum. vind. (40, 2); l. 30 pr. de adim. (34, 4).

[4]) Vgl. dazu die Frage, ob der libertus orcinus den Erblasser zum Patrone habe. Ivo Pfaff in den Sitzungsberichten d. kais. Akad. d. Wissensch. in Wien, CXXIX No. 12, Sep.-Abdr. (1893) bes. S. 11 fg., S. 18.

[5]) Oben I. S. 217 fg.

[6]) Oben I. S. 162 A. 4 (S. 220 A. 2); dazu noch l. 17 § 1 de R. V. (6, 1); l. 30 pr., l. 73 pr. ad leg. Falc. (35, 2), l. 27 § 1 ad S. C. Trebell. (36, 1); l. 39 § 1, l. 91 § 7 de leg. I., l. 40 de acq. r. d. (41, 1).

[7]) L. 50 § 1 de jud. (5, 1); dazu auch l. 28 de reb. auct. (42, 5). Vgl. das österr. allg. b. Ges. B. § 1235; §§ 1202, 1203.

bezw. deren Vermögen entsteht, ebenso wird die Erbschaft aus einer für sie gemachten Geschäftsführung ersatzpflichtig, — nach dem Gesichtspunkt des Quasicontractes mit dem Erblasser, nicht mit dem Erben: was praktisch einen Unterschied macht, wenn letzterer ein Pupille ist [1]). —

Endlich verdient noch folgender Punkt eine besondere Würdigung.

Dass über die Frage, ob die Giltigkeit von Rechtsacten, welche die hereditas jacens betreffen, aus der Person des Erblassers oder aus der des Erben zu beurtheilen sei, einmal unter den römischen Juristen überhaupt eine Meinungsverschiedenheit bestand, findet gerade von dem hier vertretenen Standpunkt eine sehr natürliche Erklärung. Die Thatsache dieser Differenz wurde mit Unrecht geleugnet [2]); die Identificierung derselben mit dem Gegensatz zwischen der sogenannten Persönlichkeits- und der Rückwirkungsfiction, als der die Erbschaft disjunctiv beherrschenden Principien, wurde oben zu widerlegen gesucht und gezeigt, dass in Betreff dieser Prinzipien an sich weder ein Schulenstreit noch eine historische Aufeinanderfolge nachweisbar sei [3]). In der That: die Personification der Erbschaft kann doch nur eine Rolle spielen, solange es eine hereditas jacens gibt, d. h. vor dem Antritte des Erben; die Rückwirkung aber setzt erst den Eintritt der rückwirkenden Thatsache voraus, d. h. den Antritt des Erben. Dagegen war wohl eine Meinungsdifferenz denkbar über die Frage, ob von der künftigen Rückwirkung schon gegenwärtig Gebrauch gemacht werden kann oder nicht; und nur eine der verschiedenen Seiten, nach welchen sich diese Differenz praktisch wirksam erweisen kann [4]), ist die Frage nach dem Umfang der Rechtsfähigkeit der Erbschaft. Diese Frage aber ist gerade bei der Auffassung der hereditas jacens als eines auf die Genehmigung des Successors gestellten Vermögens leicht begreiflich.

Wie schon erwähnt, ist die provisorische Regelung des Interimszustandes bei jedem Pendenzverhältnis mit erheblichen

[1]) Hierüber oben I. S. 223 fg., II. S. 65, 73.

[2]) I. S. 280 A. 2; dazu Dusi l. c. S. 31 fg.

[3]) I. S. 278 fg.

[4]) Oben II. S. 51 fg.

Schwierigkeiten verbunden [1]). Man denke nur an die vielerlei Fragen, welche das Rechtsverhältnis der stellvertretenden negotiorum gestio der Wissenschaft bis zur Stunde auferlegt. In solchen Fällen liegt immer die Versuchung nahe, der rückwirkenden Thatsache schon vor ihrem Eintritte einen Einfluss auf die Gestaltung des Interimszustandes einzuräumen. Besonders belehrend ist in dieser Beziehung das Institut des postliminium und das des peculium castrense. Die Erfassung des Verhältnisses der Zwischenzeit als eines Pendenzverhältnisses mag schon im ersteren Falle längerer Zeit bedurft haben, im letzteren Falle aber kommen noch die Schwierigkeiten hinzu, welche die spätere Entwickelung des Instituts bereiten musste. Die Quellen weisen von diesem Prozesse noch genügende Spuren auf, wie scharfsinnige Untersuchungen ergeben haben [2]). So mag es sich denn auch in Ansehung der hereditas jacens verhalten haben. Der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes scheint auf den ersten Blick die Rücksicht auf die Person des künftigen Erben zu entsprechen; eine tiefere Einsicht aber lehrt, dass derselbe in diesem Stadium als extraneus noch nicht in Betracht kommen kann. Das heisst aber: dass nicht der Standpunkt der Zukunft massgebend sein kann, sondern der der Gegenwart. Aber der Erblasser gehört ja gar der Vergangenheit an? Dieses Bedenken löst sich durch die richtigere Formulierung: dass nicht der künftige Zustand massgebend sein kann, sondern der bisherige Zustand, wie er unter dem Erblasser bestand und in dessen Person seine Quelle hatte [3]).

In diesem Entwickelungsprozesse kommt aber noch folgendes Moment in Betracht. Wie oben betont wurde, gibt es eine doppelte Gestaltung des Pendenzverhältnisses: einmal die, bei welcher das betreffende Recht vorläufig keiner Partei zugeschrieben wird, die Sachen also als „res nullius“ erscheinen, dann die, bei welcher das betreffende Recht provisorisch einer Partei zuerkannt

---

[1]) Oben II. S. 43 fg.

[2]) S. im Anhange.

[3]) Eine nicht uninteressante Analogie auf einem ganz anderen Gebiete bietet der Satz der l. 10 pr. de S. C. Silan. (29, 5): „— quia ipsius

wird, aber eventuell revocabel ex tunc [1]). Auf dem Gebiete des Erbrechts ist das Prototyp davon das Vindicationslegat einerseits nach der Ansicht der Proculianer, andrerseits nach der der Sabinianer [2]). Nach letzterer wird das Eigenthum interim dem Erwerber (Legatar) zugeschrieben, dem Erben nur im Falle einer Bedingung, aber hier ohne Rückwirkung, also ohne Pendenz. Dass der Erbe nicht auch beim unbedingten Legat das — ex tunc revocable — Eigenthum bis zur Erklärung des Legatars erhielt, mag in der Rücksicht auf die Wirkungen der Confusion begründet sein [3]).

Was nun die hereditas selbst betrifft, so mussten sich die zu derselben gehörigen Sachen von Anfang als „res nullius" darstellen, — obzwar nicht als vollkommen rechtlose Sachen [4]); denn mit der Idee der Erbschaft als einer rechtlichen universitas operieren schon die älteren Juristen wenigstens der Sache nach, während ihnen die theoretische Begründung offenbar keine geringe Schwierigkeit bereitet [5]). Jenem Standpunkte hätte es eigentlich entsprochen, bei Beurtheilung der Rechtsfähigkeit der Erbschaft weder auf den Erblasser noch auf den Erben zu sehen („neutrius personam spectare"). Aber der Gesichtspunkt der Pendenz konnte nicht verborgen bleiben: im Sinne der Ungewissheit nämlich zwischen Rechtlosigkeit des Nachlasses und Eigenthum des Successors [6]). Eine Regelung der Zwischenzeit im ersteren Sinne wäre ein Widerspruch gewesen mit der längst gewohnten Behandlung, mit dem Begriff und Zweck der hereditas als einer rechtlichen universitas. Die Regelung im letzteren Sinne hat unter den römischen Juristen Vertreter gehabt; ihr liegt aber

---

(sc. filii) essent (sc. servi), si viveret, omnia perinde aguntur, ac si dominus esset". Allerdings wäre hier der filius, wenn nicht ermordet, Suus heres des Erblassers; die Stelle kann also für die Rückwirkungsfrage nicht verwerthet werden.

[1]) Oben II. S. 17 A. 4.

[2]) Oben I. S. 400 fg. und promiscue.

[3]) Vgl. oben I. S. 270 fg., 274 fg.

[4]) Vgl. oben I. S. 13 fg.

[5]) S. oben I. S. 281 fg.

[6]) Oben II. S. 18 fg.

auch, mehr oder weniger bewusst, die Auffassung des Erbschaftsantrittes als eines bloss declarativen Actes zu Grunde [1]). Die Erkenntnis desselben als einer Genehmigung des einseitigen Berufungswillens musste die auch constitutive Bedeutung dieses Actes zum Bewusstsein bringen [2]). Damit war, abgesehen von praktischen Erwägungen, der theoretische Gesichtspunkt gegeben, dass der Berufene vor seinem Antritte noch extraneus sei und dass es dem Wesen des Pendenzverhältnisses entspreche, dass der bisherige Zustand als massgebend betrachtet werde; das heisst aber hier: dass das Erbvermögen in derselben rechtlichen Lage verbleibe, welche es bisher aus der Person seines Subjectes, des Verstorbenen hatte. Dieser Standpunkt ist seit dem Juristen Julian der herrschende geworden; und der theoretische Ausdruck dafür ist die Personificationsformel. Dieselbe sagt ja, wo sie vollständig ist, klar und deutlich: „die Erbschaft vertrete die Stelle der Person des Erblassers, sie gelte daher als Eigenthümerin" [3]). Diese Formel findet sich thatsächlich erst bei den neueren römischen Juristen. Zur Personification der Erbschaft an und für sich hätte es doch keines besonderen Erfindungsgeistes bedurft, da sich Personificationen auf allen Rechtsgebieten längst vorfanden und die Erbschaft selbst als eine universitas wenigstens praktisch längst behandelt war [4]). Die angegebenen Gesichtspunkte erklären alles in einfacher und natürlicher Weise. Das Julianische Prinzip könnte allenfalls auch als das Proculianische Prinzip bezeichnet werden — im Gegensatze zum Cassianischen Prinzip, dem zufolge das Verhältnis der Zwischenzeit auf die Person des künftigen Erben zu stellen wäre [5]). Jedenfalls

[1]) Nämlich nach dem Gesichtspunkte, dass nur eine Ungewissheit bestehe, ob der Berufene bereits Erbe geworden sei, und dass diese Ungewissheit durch seinen Antritt behoben werde, daher auch alle in die Zeit der hereditas jacens fallenden Thatsachen aus der Person des Delaten zu beurtheilen seien, ja selbst im Voraus auf seine Person gestellt werden können.

[2]) S. oben I. S. 416, 420, 445; 407.

[3]) S. oben I. S. 8 fg.; 25 fg., 42, 46.

[4]) S. oben I. S. 283 fg.; S. 48 A. 1.

[5]) Vgl. die l. 33 § 2 de acq. rer. dom. (41, 1) mit l. 28 § 4 de stip. serv. (45, 3). S. oben I. S. 181. — Beim Vindicationslegat vertraten gerade

darf gesagt werden, dass der vor Julian bestandene Schulenstreit die Frage nach der Regelung des Pendenzverhältnisses der hereditas jacens zum Gegenstande hatte.

§ 46. III. Zur Frage, ob die hereditas jacens zu den juristischen Personen zu zählen sei.

Mit den bisherigen Ausführungen glauben wir die Beantwortung einer Frage, welche in der Literatur der hereditas jacens eine so hervorragende Rolle spielt, genügend vorbereitet zu haben: der Frage nämlich, ob dieses Rechtsgebilde zu den sog. juristischen Personen bezw. Zweckvermögen zu rechnen sei?

Dass in der Erörterung dieser Frage der Satz, die Erbschaft vertrete die Stelle einer Person, sie werde für den Eigenthümer gehalten, von jeher in den Vordergrund trat, ist begreiflich. Neben diesem Satze aber findet sich auch der Satz, die Erbschaftssachen seien herrenlos, ohne Eigenthümer; und dazu kommt noch der Satz von der Rückziehung der Wirkung des Erbschaftsantrittes auf den Zeitpunkt des Todes der Erblassers.

Es wurde schon oben bemerkt, dass diese drei Quellensätze als der Ausgangspunkt und Stützpunkt für die zahlreichen Theorien zu betrachten seien, welche über die hereditas jacens aufgestellt wurden, dass jede dieser Theorien das Hauptgewicht auf denjenigen dieser Sätze lege, welcher ihr am günstigsten lautet, und sich in ihrer Art bemühe, damit auch die beiden

---

umgekehrt die Proculianer den Standpunkt der Pendenz ohne vorläufige Zuweisung des Eigenthums an eine Partei, die Sabinianer aber den entgegengesetzten Standpunkt (Gaius II. 195; 200). Der Zuweisung des Eigenthums an den Legatar (Erwerber) mit Repudiationsrecht würde in Ansehung der Erbschaft selbst — wenn nicht der Structur, so doch dem Erfolge nach — beiläufig entsprechen der Ipso jure-Erwerb (des Suus heres) mit jus abstinendi (s. oben I. S. 404 A. 2, S. 449 A. 5, S. 452 fg. in den Anm.). — Von der — nicht immer einheitlichen — Richtung, in welcher sich der Gegensatz jener beiden Schulen bewegte, wurden aus verwandten Gebieten oben einige Beispiele erwähnt (I. S. 182 A. 2, S. 357 A. 5, S. 395 A. 3).

anderen Sätze unter einen Hut zu bringen [1]). Zu diesem Behufe wurde eingehend ausgeführt, welche Auslegungen jeder einzelne dieser Sätze in der Literatur erfahren hat, und wie verschieden das Verhältnis derselben unter einander bestimmt wurde — je nachdem man eben dieselben als in Harmonie oder in Widerspruch stehend dachte [2]).

Ein Widerspruch übrigens konnte, wenn überhaupt, nur zwischen dem Satze von der Personenrolle und dem von der Herrenlosigkeit, ferner zwischen dem ersteren Satze und dem von der Rückwirkung angenommen werden; die Sätze von der Herrenlosigkeit und der Rückwirkung wurden im Gegentheile als sich gegenseitig ergänzend erklärt [3]).

Was ferner die Bedeutung betrifft, welche bei diesen Lösungsversuchen jedem einzelnen dieser drei Sätze zuerkannt wird, so ist der Satz von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes in neuerer Zeit, im Gegensatze zur früheren, am meisten in den Hintergrund getreten, sei es als historisch überwunden oder als praktisch bedeutungslos; ganz vereinzelt kam er neuestens auch zu Ehren. Der Satz von der Personenrolle der Erbschaft kann immer noch als eine Hauptstütze der Theorie betrachtet werden, dass die Erbschaft zu den juristischen Personen bezw. zu den Zweckvermögen zu zählen sei. Der Satz von der Herrenlosigkeit des Nachlasses endlich bietet der Theorie von der Subjectlosigkeit der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten, oder vom Untergange derselben mit Aufrechthaltung eines Zustandes objectiver Gebundenheit eine bequeme Basis.

Fragen wir noch nach dem Verhältnisse unserer Theorie vom juristischen Wesen der erbrechtlichen Delation, der Jacenz der Erbschaft und der Acquisition derselben zu jenen drei Quellensätzen, so leuchtet von selbst ein, dass der Satz von der Rückbeziehung des Erbschaftserwerbes in dieser Theorie geradezu

---

[1]) Oben I. S. 5, 12 fg.

[2]) Oben I. S. 13 fg.; S. 25 fg., 43 fg.; S. 63 fg., 77 fg., 91 fg.; S. 102 fg. Dazu noch Puntschart die moderne Theorie S. 400 fg.

[3]) So insbesondere Ihering Abhandl. S. 158 fg., S. 167 fg.

begründet ist; denn er ist ja der Ausdruck des auf die Ratihabition einer Partei gestellten Pendenzverhältnisses.

Auch der Satz von der Herrenlosigkeit des Nachlasses steht mit dieser Theorie keineswegs in Widerspruch. Einmal ist die Identificierung des Ausdruckes „res nullius“ mit dem Begriffe der Rechtlosigkeit als überwunden zu betrachten [1]), sofern nicht aus der rechtlichen Lage des betreffenden Gegenstandes diese Bedeutung sich ergibt [2]). Dann aber ist unter den verschiedenen Anwendungen dieses Ausdruckes [3]) auch die auf das Pendenzverhältnis nicht zu verkennen. Diese Meinung ist auch in der Literatur nicht unvertreten [4]); sie lässt sich aber auch beweisen. So durch das „nullius interim esse“ der per vindicationem vermachten Sache nach der Ansicht der Proculianer [5]), wobei an dem Vorhandensein einer Pendenz nicht zu zweifeln ist [6]). Dann durch den Gebrauch jenes Ausdruckes bei anderen Pendenzverhältnissen, mit denen wieder die Erbschaft zusammengestellt wird [7]). Allerdings passt diese Bezeichnung mehr für ein Schwebeverhältnis ohne vorläufige Eigenthumsregelung — also bei der Erbschaft im Sinne des „neutrius personam

---

[1]) S. oben I. S. 13 fg., S. 45 fg., S. 50 fg., etc. II. S. 6 A. 1.

[2]) Z. B. Gaius II. 66, § 12 J. de rer. div. (2, 1), l. 3 pr. de acq. r. d. (41, 1).

[3]) S. Gaius II. 9 fg.; pr. § 7 fg. J. de rer. div. (2, 1), l. 1 pr., l. 2 fg. de div. rer. (1. 8). Vgl. Windscheid I. § 146 A. 16, Brinz II. Aufl. I. § 127, Bekker Syst. I. § 76; § 18 S. 23 fg.; Schirmer Handb. § 3 A. 5; Köppen Erbsch. S. 27 fg.; Ihering pass. Wirk. S. 189; Pernice Labeo I. S. 358 fg., 378 fg.: Dusil. c. S. 109. S. auch oben I. S. 20 A. 2; S. 45 A. 3, S. 46 A. 1. — Erwähnt sei noch, dass der libertus orcinus, der in mehreren anderen Stellen als libertus testatoris bezeichnet wird, in l. 4 pr. de bon. lib. (38, 2) „nullius servus“ genannt wird. Ivo Pfaff lib. orc. S. 13 fg., 16 fg.

[4]) S. oben I. S. 24 fg., 69 fg.; 102 fg.

[5]) Gaius II. 200.

[6]) S. oben I. S. 404, bes. Anm. 6; II. S. 18 Anm.

[7]) L. 18 § 5, l. 19 de neg. gest. (3, 5), l. 43 ad leg. Aquil. (9, 2), l. 11 pr. de pec. const. (13, 5); — l. 18 pr. § 2 de stip. serv. (45, 3). l. 14 § 2, l. 18 de castr. pec. (49, 17).

spectari“ [1])! — Ferner ist nicht zu übersehen, dass die Personificationsformel ja nur, wie nicht anders möglich, für die Erbschaft selbst gebraucht wird, von Herrenlosigkeit aber immer nur in Betreff der einzelnen Erbschaftssachen gesprochen wird [2]), woraus sich wieder erklärt, dass beide Ausdrucksweisen auch in derselben Stelle vorkommen, allerdings zumeist im Munde verschiedener Juristen [3]), und dass der Ausdruck „res nullius“ auch noch in der neueren römischen Jurisprudenz im Gebrauche blieb [4]).

In Betreff des Satzes von der Personenrolle der Erbschaft endlich glauben wir im Vorstehenden nachgewiesen zu haben, dass derselbe gerade in dem von uns vertretenen Standpunkte eine befriedigende und einwurfsfreie Erklärung finde: als Ausdruck eines Schwebeverhältnisses mit vorläufiger Regelung des Eigenthums im Sinne des bisherigen Zustandes.

Blicken wir nun dem gegenüber auf den Stand der Literatur, so hat die Ansicht, dass die hereditas jacens unter den Begriff der „juristischen Person“ falle, noch immer ihre Vertreter; dabei werden freilich manchmal diesem Begriffe so weite Grenzen gezogen, dass auch für die Aufnahme des Erbvermögens noch Raum übrig bleibt. Umgekehrt hat diese Theorie auch viele und starke Opposition erfahren; indem sich aber manchmal der Widerspruch gegen die Existenz von juristischen Personen überhaupt richtete, musste darüber das Spezifische der hereditas verkannt werden, so dass sie um so leichter in die Reihe jener Gebilde fällt, die man als „Zweckvermögen“ oder wie immer bezeichnet. Ein Bild dieses Streites wurde bereits oben entworfen [5]); hier handelt es sich nur noch um eine kurze Ueberprüfung der Gründe und Gegengründe.

---

[1]) Neuere röm. Juristen bezeichnen daher die Erbschaft als domina der Nachlasssachen.

[2]) S. oben II. S. 15.

[3]) Oben I. S. 283 A. 1.

[4]) Oben I. S. 7 fg. (dazu noch l. 4 § 6 de damno inf. 39, 2); S. 20; 285. Ausser den das. cit. Schriftstellern s. auch Karlowa Rechtsgesch. II. 2. S. 843 A. 1. Vgl. aber auch Sokolowski a. a. O. S. 538 fg.

[5]) I. S. 27 fg., 56 fg.; 92 fg.; II. S. 4 fg.

Da kommt nun zunächst die Personificationsformel der neueren römischen Juristen in Betracht, welche von jeher der Theorie von der juristischen Persönlichkeit der Erbschaft am meisten Vorschub leistete. Allerdings hat dieselbe mit ihrer Anlehnung an die Person des Verstorbenen früher sogar zur Lehre von der Fortexistenz der (vermögensrechtlichen) Person des Verstorbenen in der Erbschaft geführt. Davon ist man in späterer Zeit wohl im Allgemeinen zurückgekommen; das gilt aber auch eigentlich nur von der in jener Idee liegenden Fiction, denn an die Stelle der übertragenen Persönlichkeit ist die eigene Persönlichkeit der hereditas getreten [1]). Andrerseits haben auch viele Schriftsteller geltend gemacht, dass jene Formel für die Annahme juristischer Persönlichkeit gar nicht beweiskräftig sei, ja vielmehr gegen sie spreche [2]). In der That lässt sich, wenn die Erbschaft selbst eine juristische Persönlichkeit repräsentieren soll, die Abhängigkeit derselben von der Person des Erblassers nur mit Utilitätsgründen erklären. Dieser procuratorische Charakter der hereditas jacens — wenn dieser Ausdruck erlaubt ist [3]) — musste daher gerade den Gegnern der Idee vom Fortleben der Persönlichkeit des Erblassers Bedenken erregen; aber man wusste dieselben zu beschwichtigen. So sagt Ihering: „Wenn nun die Römer die hereditas jacens als eine eigene juristische Person angesehen hätten, so würden sie auf ihre eigene Fähigkeit haben sehen müssen. Allein dieser Einwand ist nur scheinbar. Denn die eigene Persönlichkeit der hereditas jacens würde dadurch nicht aufgehoben werden, dass man ihr eine gleiche Rechtsfähigkeit beilegte, wie sie der Verstorbene hatte — —“ [4]). Aber

---

[1]) I. S. 29 fg., 38 fg., II. S. 79 A. 4; ferner Dusil. c. S. IX. A. 3. — Eine neuerliche Widerlegung dieser Lehre gibt Hölder Die Stellung des röm. Erben S. 221—236 u. fg. — Erwähnt sei noch, dass Fitting d. castr. pec. S. 247 A. 8 einen schlagenden und unmittelbaren Beweis gegen jene Lehre in der l. 90 § 1 de acq. her. (29, 2) findet.

[2]) Vgl. I. S. 32, 42, 46, 52, 95.

[3]) I. S. 117; S. 26. Hölder a. a. O. S. 223 fg. bezeichnet die Persönlichkeit der Erbschaft als eine von der des Erblassers „abgeleitete“. Sokolowski a. a. O. S. 536.

[4]) Abhandl. S. 233.

die Quellen scheinen doch, wie ausgeführt wurde, die Rechtsfähigkeit der Erbschaft nicht bloss nach der des Erblassers zu bemessen, sondern sie von letzterer abzuleiten [1]).

In welchem Sinne nun aber dies zu verstehen sei, darüber haben wir uns bereits eingehend ausgesprochen [2]), und so könnten wir von jenem Hauptargument für die Subjectivierung der Erbschaft Abschied nehmen, wenn es nicht eine Quellenstelle gäbe, in welcher die hereditas nicht bloss personificiert, sondern auch mit wirklichen juristischen Personen auf gleiche Linie gestellt wird. Es ist dies das bekannte Fragment von Florentin [3]), in welchem die Entscheidung, dass auch nach dem Tode eines Schuldners vor dem Antritt seines Nachlasses — also für eine Erbschaftsschuld — Bürgschaft geleistet werden könne, mit den Worten begründet wird:

> „quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas“ [4]).

Auf diese Stelle wurde schon früher wiederholt hingewiesen, die Erörterung aber ausgesetzt [5]). Sie bildet natürlich die Hauptsäule der Lehre, dass auch die Erbschaft zu den juristischen Personen gehöre [6]). Zwar blieb ihre Beweiskraft seit Savigny nicht unbestritten; aber die Gegengründe waren zum Theile unzureichend. So die Betonung, dass nur von „personae vice fungi“ gesprochen werde [7]): wird doch auch hinsichtlich der an-

---

[1]) Die Erwerbsfähigkeit des Erbschaftssklaven wird in der gleichen Weise begründet, wie die des Sklaven eines lebenden Herrn (s. oben II. S. 70 fg., 80. Nach l. 33 pr. de acq. r. d. (41, 1) schöpft der Erwerb des servus castrensis seine Wirksamkeit entweder aus der Person des verstorbenen Haussohnes oder aus der des Hausvaters (oben II. S. 68).

[2]) Oben II. S. 70 fg.

[3]) L. 22 de fidejuss. (46, 1).

[4]) Das Wort ‚societas‘ hat auch die Bedeutung von corpus personarum (Savigny Syst. II. §§ 87, 88). Vgl. tit. Dig. quod cujusque univers. (3, 4), z. B. l. 1 pr. § 1 h. t.

[5]) I. S. 240; S. 5, 57, 60.

[6]) Vgl. auch Gierke Genoss. R. III. S. 105.

[7]) Z. B. Köppen Syst. S. 222 fg., Unger Erbr. § 7 A. 12, Vering Erbr. S. 90 fg.; ebenso Dusi l. c. S. 86 fg. (s. später); Hölder

deren drei corpora das Gleiche gesagt; überhaupt ist jene Ausdrucksweise in Anbetracht der ursprünglichen Bedeutung von „persona“ [1]) nicht auffallend, endlich wird ja anderwärts auch die Erbschaft als domina bezeichnet [2]). Das Schwergewicht der Stelle liegt darin, dass die Erbschaft drei anerkannten Körperschaften, wie es scheint, gleichgestellt wird. Diese Gleichstellung eben wurde von der einen Seite für entscheidend gehalten [3]), obzwar manchmal auch getadelt [4]). Und wenn von anderer Seite gesagt wurde, dass die Erbschaft hier mit Corporationen nur verglichen werde, in dem Sinne, dass hier wie dort eine Fiction angewendet werde —, so hat diese Erklärung in der Literatur keinen Beifall gefunden; freilich war es auch nicht correct, wenn dafür gesagt wurde, die Erbschaft werde als eine Corporation bezeichnet [5]). Eine andere Erklärung geht dahin, dass der Jurist in dem zu entscheidenden Falle nur der vulgären Anschauung, dass zu einer Schuld auch ein Schuldner gehöre, gerecht werden

---

die Stellung der römisch. Erben S. 222; überhaupt die Citate vorhin S. 90 A. 2.

[1]) Oben I. S. 32 A. 2, S. 33 A. 1, S. 42, 48 A. 2. S. auch Dusi l. c. S. 62 A. 1.

[2]) I. S. 8 fg.

[3]) Vgl. Windscheid krit. Ueberschau VI. S. 193, Pand. III. § 531 A. 10. Marcusen her. jac. S. 84 fg.: Florentin anerkenne klar und deutlich die Erbschaft als juristische Person; dagegen S. 103 fg.: die juristische Persönlichkeit der Erbschaft sei nach Florentin einzuschränken im Sinne einer ‚concreten‘, nicht einer ‚abstracten‘ Personificierung; s. ferner S. 139 fg. — Vgl. auch Puntschart d. moderne Theorie S. 321; Dusi l. c. S. 35, 68, 87 fg.

[4]) Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 35 A. 29: ‚Denn wer so verschiedene Dinge, wie Städte und Stiftungen unter eine Kategorie zusammenfasst, kann mit Florentinus — auch noch die hereditas mit in den Kauf nehmen.‘

[5]) S. einerseits Savigny Syst. II. S. 372 (363), auch Scheurl Beitr. I. S. 5, 8 (Köppen de nat. her. nond. aditae S. 21 A. 2); andrerseits Puchta krit. Jahrb. VIII. S. 712 fg.; Ihering Abhandl. S. 191. Vgl. auch Dernburg Pand. I. 4. Aufl. § 62 No. 3: indem er die juristische Persönlichkeit der Erbschaft negiert, findet er (A. 9) in l. 22 cit. nur ‚eine Parallele‘ zwischen den erwähnten Verhältnissen. S. auch oben I. S. 57; Mühlenbruch in Glück XLIII. S. 45 A.

wollte mit den Worten, die Erbschaft selbst vertrete den Schuldner wie ein Municipium etc., während für die juristische Betrachtung die Existenz der Schuld genüge für die Möglichkeit der Bürgschaft, wie ein Fragment Ulpian's [1]) klar beweise [2]). Angenommen nun, dass dies der Gedanke Florentin's war [3]), so hätte er ja das Gleiche auch in Betreff der übrigen Körperschaften gesagt, die Erbschaft wäre aber wieder denselben gleichgestellt. Wieder eine andere Ansicht lautet, Florentin sage nicht mehr, als dass gewisse unpersönliche Dinge persönlich gefasst, nicht aber, dass irgend welche Person fingiert werde [4]). Das mag richtig sein, ebenso richtig aber auch, dass all' die genannten „unpersönlichen Dinge" gleichmässig persönlich gefasst erscheinen [5]).

Unsere Meinung ist folgende. Wenn mehrere Dinge in einer gewissen Richtung auf eine Linie gestellt werden, so folgt daraus noch nicht, dass sie auch in allen anderen Richtungen, namentlich in ihrem Wesen übereinstimmen müssen. Die Erbschaft trifft mit den sog. Zweckvermögen jedenfalls darin überein, dass es sich bei ihr — wenigstens vorläufig — um ein Vermögen

---

[1]) L. 11 pr. de pec. const. (13, 5).

[2]) Köppen Erbsch. S. 87 fg. (Syst. a. a. O.).

[3]) Dieser Gedanke müsste natürlich auch allen übrigen Fragmenten, in denen die Erbschaft personificiert wird, unterstellt werden, was übrigens Köppen, mag er auch den Gesichtspunkt der acquisitio immediata in den Vordergrund stellen (eod. S. 33 fg., s. oben I. S. 46 A. 2), wiederholt andeutet (eod. S. 7, 33, 75, 87, 137, 150; s. auch oben I S. 23 A. 2).

[4]) Brinz Pand. 2. Aufl. III. S. 470. Ueber den Unterschied von Personification und Fiction s. die Citate oben I. S. 47 fg.

[5]) Auch Dusi l. c. findet in unserem Fragmente eine Gleichstellung (parificazione) der Erbschaft mit den Corporationen (S. 35). Indem er aber glaubt, dass in dem ‚personae vice fungi' weder eine Personification noch eine Fiction enthalten sei (S. 86), bezieht er jene Gleichstellung nur auf das Verhältnis zur physischen Person, zum Menschen (S. 87). Er meint auch, dass erst Florentin den Gesichtspunkt des ‚personae vice fungi' von der Erbschaft auf die Corporationen ausgedehnt, nicht umkehrt den Begriff der juristischen Person auf die Erbschaft angewendet habe, und dass daher jene Gleichstellung nicht im absoluten Sinne, sondern nur im relativen Sinne des ‚personae vice fungi' zu verstehen sei, innerhalb dieser Grenze aber auch sich logisch rechtfertigen lasse (S. 87).

als eine Einheit handelt, welches auch weiterer Entwickelung fähig ist[1]; z. B. in der Richtung, dass für eine auf diesem Vermögen haftende Schuld ein Bürge angenommen werden kann — der Fall Florentin's —. Insoferne konnte also immerhin die Erbschaft mit den genannten corpora zusammengestellt werden[2]; darin liegt noch nicht, dass sie auch das sein muss, was das Wesen eines Zweckvermögens ausmacht, möge man dasselbe wie immer construieren: d. h. ein selbständiges, nicht einer oder mehreren physischen Personen gehöriges, sondern auf sich selbst beruhendes, einem bestimmten Zwecke dienendes und weiterer Entwickelung fähiges Vermögen, welches als das, was es einmal war, auch dann beurtheilt wird, wann es nicht mehr ist. Wie voreilig der entgegengesetzte Schluss wäre, ergibt sich besonders aus der citierten Stelle Ulpian's [3], in welcher für den ganz analogen Fall des Constitutums einer Erbschaftsschuld die Erbschaft mit dem Vermögen eines Kriegsgefangenen auf eine Linie gestellt wird, obwohl es sich bei demselben sicher nicht um eine juristische Person handelt[4]. Und wie die Erbschaftssachen im Sinne von „res nullius" mit Sachen sehr verschiedenen juristischen Charakters (res sacrae, res publicae) zusammengestellt werden, obwohl dabei nicht allgemein von Eigenthum einer juristischen Person gesprochen werden kann[5], so wird umgekehrt die Erbschaft im Sinne einer „universitas" mit Vermögenscomplexen in eine Reihe gestellt, die nicht sämmtlich — man denke an das peculium — unter den Begriff einer juristischen Person fallen[6].

---

[1]) S. oben I. S. 159 fg.; 114 fg.

[2]) Vgl. Hölder a. a. O. S. 223.

[3]) L. 11 pr. de pec. const. (13, 5); s. oben I. S. 240.

[4]) Die Stelle spricht allerdings von einem ‚debitum', ‚etiamsi nullus apparet, qui interim debeat'. Das liesse sich wohl auch vom Mangel eines physischen Subjects verstehen (s. oben I. S. 22, 237, 240, 284; vgl. Köppen Erbsch. selbst S. 27 fg.); aber im Beispiele vom Kriegsgefangenen haben wir zwar eine physische Person, die aber nicht Rechtssubject ist (als Gefangener); dafür liegt hier ein Pendenzverhältnis vor: warum also nicht auch im Beispiele von der noch nicht angetretenen Erbschaft?

[5]) S. vorhin II. S. 88 A. 3.

[6]) L. 20 § 10 de H. P. (5, 3) von Ulpian: ‚Non solum autem in

In der Stelle von Florentin wird nun zwar die Erbschaft mit unzweifelhaften Körperschaften äquipariert, aber doch nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Bürgschaftsleistung für die Schuld einer solchen Masse; und wenn nun eingewendet wird, es werde diese Möglichkeit eben damit begründet, dass die Erbschaft gerade so wie die anderen Körperschaften die Stelle einer Person vertrete, so ist zu erwidern: Allerdings wird in den Quellen gelegentlich auch von juristischen Personen gesagt, dass sie die Stelle von physischen Personen vertreten, also im Sinne gleicher rechtlicher Stellung [1]); während aber hier an die Rechtsfähigkeit eines (freien) Menschen überhaupt und im Allgemeinen gedacht sein muss, ist bei der Erbschaft gerade nur die Rechtsfähigkeit des Erblassers in's Auge gefasst und derselben als Massstab zu Grunde gelegt [2]); das aber erklärt sich nach den obigen

---

hereditate utimur Senatusconsulto (sc. Juventiano), sed et in peculio castrensi vel in alia universitate.‹ S. oben I. S. 220; zu Anm. 6 das. s. auch Fitting castr. pec. S. 83 A. 1; Pfaff-Hofmann Excurse II. S. 199. Die cit. l. 20 § 10 spielt bekanntlich eine wichtige Rolle in der früheren Doctrin über die sog. ›universitates juris‹; vgl. Vangerow Leitf. I. § 71 A.; Unger I. § 57 A. 6. — Ein interessanter Vergleich zwischen dos, peculium und hereditas findet sich bei Kuntze Institut. Excurse zu § 336 sub B.

[1]) L. 16 de V. S. (50, 16): ›— civitates enim privatorum loco habentur.‹ Dies wird mit Beziehung darauf gesagt, dass ihre bona nicht publica, sondern privata bona seien: l. 15 eod., Arndt's Pand. § 41 A. 5. Hier zeigt sich auch, dass in solcher Redeweise zwar eine Art Personification, nicht aber eine Fiction enthalten sei. (Vgl. Ihering Geist III. 3. Aufl. S. 298: ›— nicht jede Gleichstellung ist eine Fiction‹.) — Ueber anderweitigen Gebrauch des Ausdruckes ›personae vice fungi‹ oder ähnlicher Ausdrücke s. die oben I. S. 32 A. 3 citierten oder auf andere Werke verwiesenen Stellen; dazu noch: l. 9 de pact. (2, 14); l. 2 de Sen. cons. Mac. (14, 6) [const. 7 § 1 C. ad S. C. Mac, 4, 28, l. 6 § 13 de injusto 28, 3; Fitting castr. pec. S. 150, 168]; l. 16 de her. inst. (28, 5); l. 7 § 5 de libert. leg. (34, 3); l. 1 § 4 de stip. serv. (45, 3); l. 56 § 4 de furt. (47, 2).

[2]) Dies übersieht auch Dusi l. c., wenn er im Hinblick auf das Fragment von Florentin (l. 22 de fidej. 46, 1) die Erbschaft mit den Corporationen nach Seiten des ›personae vice fungi‹ parificiert (s. vorhin II. S. 93 A. 5). Er macht über die Personification der Corporationen

Ausführungen eben nur aus dem Gesichtspunkte eines in Schwebe befindlichen Vermögens, womit sich der Begriff eigener juristischer Persönlichkeit nimmermehr verträgt [1]). —

Nach dieser Erörterung der sprachlichen Momente, welche bei Beantwortung unserer Frage immer in Betracht kamen, soll nun auch ein Blick auf die sachlichen Argumente geworfen werden, welche für und wider in's Treffen geführt wurden.

Für die juristische Persönlichkeit der hereditas jacens schienen vor allem zu sprechen die Zwecke, denen sie zu dienen hat. Hierbei wurden vorzugsweise die formalen Zwecke der Erhaltung und der Uebertragung der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten in's Auge gefasst, mit Rücksicht auf den Begriff des Rechtes im subjectiven Sinne, der Succession, namentlich in Obligationen. Wie es mit diesem Argumente bestellt sei, wurde bereits früher wiederholt gewürdigt [2]). Auch

---

im römischen Rechte gute Bemerkungen (S. 63 fg.), weiss aber für die Anlehnung derselben an die Person des menschlichen Individuums als Beleg auch nur die Stelle Florentin's anzugeben (S. 68 A. 1), daher er eben meint, dass solche Anlehnung erst von der Erbschaft auf die Corporationen ausgedehnt worden sei (S. 87 fg.). S. aber die cit. l. 16 V. S. von Gaius.

[1]) Nach der oben cit. l. 33 pr. de acq. r. d. (41, 1) schöpft der von einem servus castrensis während der Deliberation der Testamentserben des Haussohnes gemachte Erwerb, wenn das Vermögen schliesslich dem Vater als peculium verbleibt, seine Wirksamkeit aus der Person des Vaters. Hier also war in der Zwischenzeit weder eine Erbschaft vorhanden (l. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2, l. 18 pr. de stip. serv. 45, 3, l. 14 § 1 de castr. pec. 49, 17), noch eine juristische Person, wohl aber ein Vermögen, von dem man wird sagen müssen, dass es interim patris personam sustinebat.

[2]) Oben I. S. 30 fg., 39 fg., 49 fg.; 56 fg., 66 fg., 92 fg., 286 fg. Dazu noch Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven S. 41: „(Es) wurde, seitdem es ein Erbrecht gibt, der Nachlass des Verstorbenen mit der in der Sache liegenden Nothwendigkeit behandelt als ein selbständiges,

wurde von anderer Seite betont, dass dieser formale Zweck sich auch mittels des Rückwirkungsprinzips hätte erreichen lassen [1]; und nach manchen neueren Theorien bedürfte es eines solchen Hilfsmittels überhaupt nicht. — Neben jenem Hauptzwecke lassen sich natürlich auch verschiedene andere Zwecke denken, die sich auf die ökonomische und juristische Lebensthätigkeit der hereditas beziehen, daher aber auch jenem Hauptzwecke untergeordnet sind. Man hat aber oft eine „Fiction" der Persönlichkeit als etwas Feststehendes hingenommen und dann erst gefragt, zu welchem Zwecke sie denn „erfunden" wurde, worauf die Antwort natürlich so verschieden lauten musste, als sich verschiedene Zwecke der hereditas jacens denken lassen [2].

Als weiteres Argument für jene Auffassung stellte sich immer dar die ganze äussere Erscheinung der Erbschaft: das bisherige Subject des Vermögens lebt nicht mehr, das künftige steht noch aus, und dennoch existiert das Vermögen als solches, als juristische Einheit, alles zusammenhaltend, in den Verkehr tretend und sich entwickelnd, — kurz dieselbe Erscheinung wie bei anerkannten corpora. Aber dieses Argument scheitert schon an der Thatsache, dass wir die gleiche Erscheinung auch bei Vermögenscomplexen finden, die unmöglich unter den Begriff der juristischen Person gestellt werden können: peculium, Vermögen des captivus, des Verschollenen, des nasciturus [3]. Es spielt eben in jener Vorstellung der Begriff der universitas (juris) eine Rolle, auf den wir noch zurückkommen werden. Die hereditas ist eine

---

dem künftigen Erben zu reservirendes Vermögen. Da nun aber der Vermögensbegriff einen Träger des Vermögens voraussetzt, so kam die reflectirende Jurisprudenz nachträglich und allmählich zu der Erkenntnis, dass man die ruhende Erbschaft von Anfang nach der Analogie der physischen Personen behandelt habe, also nach unserer modernen Ausdrucksweise, so sehr man sich dagegen auch sträuben mag, als eine sogenannte fingirte oder juristische Person." Dazu auch Anm. 97, 98.

[1] Oben I. S. 286 fg.

[2] S. I. S. 286 A. 2, 3.

[3] S. I. S. 114 fg., 159 fg., 217 fg., 284, 288. S. auch im Anhange.

solche universitas [1]); sie gibt den einzelnen Vermögensgegenständen ihren rechtlichen Bestand [2]), sie begründet den Zusammenhang von Activen und Passiven [3]), sie vermittelt die Möglichkeit weiterer Entwickelung [4]), an sie erfolgt jeder Erwerb für den Erben [5]), und durch sie tritt der Erbe in die einzelnen Rechtsverhältnisse ein [6]). Gerade der Umstand, dass die hereditas, auch zu einer Zeit, als die Personificationsformel noch nicht existierte, als eine universitas behandelt wurde, hat die Idee wachgerufen, dass ihr eine Art Persönlichkeit innewohne [7]). Aber es gibt eben auch universitates, die sicher nicht juristische Personen sind [8]).

---

[1]) L. 208 de V. S. (50, 16).

[2]) L. 36 de stip. serv. (45, 3).

[3]) L. 119 de V. S.; l. 1 de B. P. (37, 1); l. 8 pr. de acq. her. (29, 2).

[4]) I. S. 11, 217 fg.

[5]) Pr. J. de stip. serv. (3, 17); l. 1 § 6 de injur. (47, 10); l. 55 § 1 de leg. II.; etc. (oben I. S. 218 A. 4).

[6]) Gaius II. 97 fg., 191, § 6 J. per quas pers. (2, 9), l. 1 § 1 de fundo dot. (23, 5), l. 80 de leg. II.

[7]) Oben I. S. 282; 78.

[8]) Oben II. S. 94. — Zu den Vermögenscomplexen, deren Einreihung unter die juristischen Personen nicht allgemein anerkannt ist, obwohl die charakteristischen Eigenschaften eines ‚Vermögens' nicht fehlen, gehört noch manches sog. ‚Sondergut' (s. Bekker Syst. I. § 43; § 59 Beil. I, Regelsberger Pand. I. § 95 No. IV); z. B. das Familienfideicommiss (welches Bekker a. a. O. I. § 60 Beil. I. A. als ‚dem Sondergut einigermassen verwandt' erklärt, im Uebrigen als ein Stiftungsvermögen betrachtet). Wir erwähnen dasselbe hier, weil zwischen ihm und der hereditas jacens jüngst interessante Vergleiche gemacht wurden. Was nämlich das österreichische Recht betrifft, so erklärt § 618 a. b. G. B. das Fideicommiss als ‚ein unveräusserliches Gut der Familie' (als einer ‚Gemeinschaft', vgl § 849 eod.); und § 629 eod. wendet darauf die Theorie des getheilten Eigenthums (§ 357 fg.) an — während bei der fideicommissarischen Substitution der § 613 eod. dem Fiduciar ‚das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtniessers' zuschreibt —. (Vgl. übrigens dazu in Betreff des Fideicommisses den § 643 eod.) — Pfaff-Hofmann, auf deren ausgezeichnete dogmengeschichtlichen Untersuchungen verwiesen sei, erklären das Fideicommissvermögen, was die wissenschaftliche Con-

Uebrigens wurde der Begriff der juristischen Person selbst zur Unterstützung jener Auffassung angerufen. Den mancherlei Bedenken nämlich, welche sich aus der herkömmlichen Bestimmung dieses Begriffes gegen die Einreihung der her. jac. unter denselben zu erheben scheinen, suchte man durch eine solche Fassung dieses Begriffes zu begegnen, dass er auch auf die Erbschaft passen sollte. Es wurde aber bereits früher wiederholt betont, dass die hierauf bezüglichen Bemühungen vergeblich bleiben

---

struction betrifft, als juristische Person und betonen die Aehnlichkeit desselben mit der hereditas jacens, der Stiftung und der Corporation. (Comment. II. S. 319 fg., Excurse II. S. 219 fg.; Hofmann im österr. Staatswörterb. Art. Fideicommisse II. 3). Darnach hätte der Fideicommissinhaber nur den Genuss des Vermögens. Wie stellt sich nun dazu das Wesen der Fideicommissfolge? Man möchte in dem successiven Erwerbe des Genusses eines Vermögens, das gewissermassen sich selbst gehört, eine Singularsuccession erblicken (vgl. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 391; S. 14 A. 3). Nach jenen Schriftstellern aber ist sie zwar keine Erbfolge, aber auch nicht eine Singularsuccession, sondern ein Universalerwerb, eine eigens geartete Universalsuccession, sofern das Fideicommiss ein ausgesondertes Vermögen sei (Comment. II. S. 274 fg., Exc. II. S. 186 fg,, bes. S. 192 fg., Hofmann a. a. O. II. 7). Dies erklärt sich wohl daraus, dass nach Ansicht jener Schriftsteller beim Fideicommiss in Wahrheit (vom Standpunkt des Gesetzes) der jeweilige Inhaber selbst der Eigenthümer ist, obzwar es in gewissem Sinne der juristischen Person ‚gehöre' — ähnlich dem Verhältnis der dos nach Tryphonin — (s. die erstcitierten Stellen); also im Sinne der fideicommiss. Substitution nach § 613 cit. (Hierüber Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 242 fg. —. Ueber die Begriffe ‚Eigenthum', ‚gehören': eod. Comment. II. S. 6 fg., 321, Exc. II. S. 199, 230; vgl. dazu Puntschart moderne Theorie S. 62 fg.) — Aehnlich so nehmen Pfaff-Hofmann auch im Falle des § 757 österr. b. G. B., wonach dem überlebenden Ehegatten des Erblassers bei Vorhandensein von Kindern desselben der ‚lebenslange Genuss' von einer Quote des Nachlasses gebührt, während ‚das Eigenthum davon' den Kindern verbleibt — nicht einen Ususfructus im technischen Sinn an, noch weniger gewöhnliches Erbrecht, sondern eine (vom Gesetze angeordnete) fideicommissarische Substitution, wobei der Gatte Vorerbe (im Sinne des § 613 eod.), die Kinder Nacherben seien (Comm. II. S. 741 fg. [Excurse II. S. 319]). Gegen diese Theorie: Schiffner Gesetzl. Vermächtnisse § 29; s. ferner eod. § 66 (§ 5 A. 36), Vermächtnisvertrag § 6. — (Vgl. auch die obigen Bemerkungen über gesetzliche ‚Anwartschaften': I. S. 393 A. 4, S. 451 A. 2; II. S. 9 A. 6.

müssen; denn mag das Wesen der juristischen Person wie immer construiert werden, so muss es sich dabei doch immer um ein Vermögen mit eigener Rechtsfähigkeit handeln, und zwar für die Dauer seiner Existenz definitiv, nicht bloss provisorisch. Gerade dieses Moment fehlt der her. jac. vollständig [1]).

Nun zur Opposition gegen die juristische Persönlichkeit der Erbschaft. Wir haben hierbei nicht jene Schriftsteller im Auge, welche die Existenz von „juristischen Personen" überhaupt leugnen, dafür aber natürlich etwas Anderes an deren Stelle setzen müssen und dahin auch die Erbschaft stellen [2]); von diesen gilt ja ebenfalls das soeben Gesagte. Wir meinen vielmehr diejenigen, welche juristische Personen anerkennen, aber gerade die Erbschaft davon ausscheiden und sie dann unter irgend einen anderen Begriff stellen: subjectloses Vermögen, „familia", objectiver Rechtsbestand, Rechtsverband des Hauswesens, etc. [3]).

Die Gründe der Opposition im Einzelnen sind von sehr ungleichem Werthe, und auf eine vollständige Aufzählung derselben [4]) ist es hier nicht abgesehen [5]). Da begegnet uns vor allem der schon von Savigny geltend gemachte Gesichtspunkt, dass im Vergleich zur juristischen Person die Rechtsfähigkeit der Erbschaft eine viel beschränktere sei, wie die Quellen selbst andeuten. Wie wenig aber dieses Argument beweiskräf-

---

[1]) S. oben I. S. 27 fg., 56 fg., 95 fg., 291 fg.; II. S. 4 fg., 90 fg.

[2]) Oben ll. cc., bes. S. 27, 54 A, 1, S. 62 Anm.

[3]) Citate in Anm. 1. — Hieher gehört auch Dusi l. c., welcher juristische Personen („persone incorporee") anerkennt, die Auffassung der Erbschaft als einer solchen zwar für die römische Jurisprudenz zugibt, für das moderne Recht aber als unmöglich erklärt, sie vielmehr zu den „einfachen subjectlosen Vermögensmassen" rechnet. S. oben II. S. 6 A. 1. — S. ferner bes. Regelsberger Pand. I. § 75 S. 294 fg.: „Die liegende Erbschaft ist ein Vermögen ohne Rechtssubject, ein Inbegriff von wenigstens auf einer Seite subjectlosen Rechtsverhältnissen." Dazu eod. § 15 No. III, § 95 No. I, 3.

[4]) S. die oben I. S. 57 A. 4 cit. Schriftsteller; dazu Ihering Abhandl. S. 235 fg. (227 fg.); Köppen de natura her. nond. ad. p. 22 A; Dworzak in Haimerl's österr. V. J. Schr. XI. S. 220 fg., Unger VI. § 7; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 35, Excurse II. S. 223.

[5]) Einzelnes davon wurde bereits im I. Theil erwähnt.

tig sei, wurde längst von anderer Seite betont [1]). In der That: mit der möglichen Verschiedenheit von Vermögenszwecken ist auch die Möglichkeit verschiedener Zweckvermögen gegeben [2]).

Als weiterer Grund wird betont, dass die Erbschaft nichts sei als was sie hat und erwerbsfähig sei nur durch das was sie hat — im Gegensatze zur juristischen Person — [3]). Sollte aber hierin nicht eine petitio principii liegen, besonders wenn man an das Stiftungsvermögen denkt? Auch ist ja die Erbschaft als universitas nicht identisch mit der Summe der Erbschaftsstücke [4]); und gerade für die erstere Qualität besteht

---

[1]) S. I. S. 57 fg., S. 114 fg., S. 280. Aus den das. cit. Werken seien noch folgende Stellen ergänzt: Dworzak a. a. O. S. 236 fg., Schnitzler l. c. S. 38, Brinz III. § 433, Pfaff-Hofmann Exc. II. S. 222 fg. — Dusi l. c. betont zwar jenes Moment sehr: Da die blosse Vermögenserhaltung für den Erben das Wesentliche sei, könne die Erbschaft nicht anders sich vermehren oder vermindern als durch Acte, die entweder schon vom Erblasser vorgenommen wurden oder aus ihrer organischen Natur folgen — im Gegensatze zur Corporation und zur Stiftung, die daher einer juristischen Persönlichkeit bedürfen — (S. 103). Andrerseits aber soll es auch nach Dusi für den Begriff der juristischen Person auf das Mehr oder Weniger von Rechtsfähigkeit nicht ankommen (S. 76, 103); überdies ist doch auch zu selbständigen Rechts- und Erwerbsacten schon bei den Römern der Erbschaftssklave, und bei uns der Verlassenschaftscurator ein geeignetes Organ (vgl. Dusi S. 78 fg., 140 fg.), und manche der noch angenommenen Beschränkungen (eod. S. 81 fg., 115 fg.) sind recht problematisch. — Vgl. auch Regelsberger Pand. I. S. 295 A. 23.

[2]) Bemerkt sei noch, dass die Rechtsverhältnisse, deren Begründung für die her. jac. nach römischem Recht nicht möglich war, im Wesentlichen zusammenfallen mit denjenigen, deren Forterhaltung in der Erbschaft dadurch ausgeschlossen ist, dass sie mit dem Tode des Erblassers untergehen: Besitz, Fruchtgenuss, Erbesdelation (Unmöglichkeit der Transmission). Das allein schon spricht gegen das Fortleben der „Person" des Erblassers (s. bes. Ihering Abh. S. 226 fg., oben I. S. 116 A. 2; vgl. aber auch Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 7); dass aber letztere der Erbschaft als Massstab zu Grunde liegt, bedeutet nicht schon an sich eine Beschränkung derselben; allerdings kann ihre Rechtsfähigkeit nie grösser sein (I. S. 280), aber geringer ist sie immer.

[3]) Ihering Abhandl. S. 235 fg.

[4]) L. 208 de V. S. (50, 16).

unsere Streitfrage. Es wurde auch von anderer Seite als charakteristisch erklärt, dass die Erbschaft auch ohne ein positives Vermögen (Activum) existiren könne [1]). Aehnliches ist von der Erwerbsfähigkeit zu sagen: allerdings hat schliesslich jeder Erwerb für die Erbschaft seine Wurzel in irgend einem Erbschaftsstücke, und wäre es auch ein Erbschaftssklave [2]); aber solche Entwickelungsfähigkeit ist durch den Begriff des „juris nomen" gegeben [3]) und im Uebrigen nicht der erbschaftlichen universitas ausschliesslich eigenthümlich.

Ferner wurde gesagt, dass die Erbschaft keine andere Bestimmung habe als Object der Erwerbung, also Sache zu sein [4]). Hiegegen darf zwar nicht, wie für das römische Recht geschah, eingewendet werden, dass ein freier Mensch auch Sklave werden konnte [5]); wohl aber bemerkt man wieder die erwähnte Verwechselung: die universitas ist allerdings Mittel des Erwerbes aller einzelnen Sachen („per universitatem adquirere res singulas"), aber nicht selbst Gegenstand des Erwerbes, da sie als solche gerade im Momente des Erwerbes aufhört.

Jene Argumentation hat eine Aehnlichkeit mit der, welche die Erbschaft als universitas, der jedes einzelne Vermögensstück

---

[1]) Ob freilich beim Mangel jedes Activums noch von ‚Vermögen' gesprochen werden soll, ist eine andere Frage. (Man denke an ein ‚Zweckvermögen' dieser Art!) Der Standpunkt des Juristen und der des Oekonomen fallen da nicht zusammen (vgl. in Betreff des Ausdruckes ‚bona': l. 39 § 1, l. 49, l. 83, l. 165 de V. S., l. 72 pr. de jure dot. (23, 3), l. 69 ad leg. Falc. (35, 2), l. 11 de jure fisci (49, 14); ersterer argumentiert wieder vielfach aus dem, was nur für die erbrechtliche Universalsuccession gilt (l. 50 pr. de H. P. 5, 3, ll. 1, 3 pr. § 1 de B. P. 37, 1, l. 208 de V. S.). Vgl. Birkmeyer das Vermögen i. j. S. (1879); Brinz 2. Aufl. I, § 124 (1. Aufl. II. §§ 150 fg., 155 fg.); Windscheid I. § 42; Bekker Syst. I. §§ 40, 41; Regelsberger Pand. 1 § 95; Pernice Labeo I. S. 310 fg.; Hofmann in Grünhut's Z. Sch. VIII. S. 556 fg., 563 A. 19, 565 fg., 576; Puntschart moderne Theorie S. 311 fg.; Dusi l. c. S. 104 fg.

[2]) Oben I. S. 162; S. 220; II. S. 81 A. 6.

[3]) Oben I. S. 217 fg.

[4]) Ihering Abhandl. S. 236 fg.

[5]) Ihering a. a. O. S. 237 fg.

als ein Theil angehöre, für eine juristische Sache erklärt — analog der juristischen Person —, und daraus die Folgerung zieht, dass eine juristische Sache niemals zugleich eine juristische Person und als solche Subject ihrer einzelnen Theile sein könne, dass ein Rechtsobject, welches sein eigenes Rechtssubject sein soll, ein Unding sei [1]). Es wurde aber bereits oben bemerkt, dass, wer die universitas zur Person erhebt (personificiert, subjectiviert), als Object nur die einzelnen Erbschaftsstücke denken könne [2]).

Es wurde auch hervorgehoben, dass die Erbschaft immer ein Privatvermögen bleibe, dass sie auch nur einer privatrechtlichen Nothwendigket entspringe — im Gegensatze zu Municipien etc. [3]) —. Aber gibt es nicht auch reine Privatcorporationen, Privat- und Familienstiftungen? Der Unterschied zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Natur, privat- und staatsrechtlicher Nothwendigkeit äussert sich doch mehr nach Seiten der Verfassung, als nach Seiten dessen, was immer in das Gebiet des Privatrechtes fällt, des Vermögens [4]). Uebrigens dient doch das Erbrecht selbst, und damit auch das technische Mittel der hereditas jacens nicht bloss dem privatrechtlichen, sondern auch dem öffentlichen Interesse [5]).

---

[1]) Köppen Erbschaft S. 23 fg., S. 59 fg.

[2]) Oben I. S. 34 A. 3, S. 218 zu A. 6. Dazu vgl. die Quellensprache selbst: oben II. S. 15, 89. — Uebrigens begegnet uns selbst in Ansehung der physischen Person, bes. in der Auffassung und Sprache der älteren Doctrin, eine Art Subject-Objectivierung. Vgl. hierüber bes. Unger Syst. I. § 60 A. 5 fg., A. 11.

[3]) Vgl. z. B. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 35, Exc. II. S. 223; S. 227. Auch Dusi l. c. S. 94: die Erbschaft sei ein ausschliesslich privatrechtliches Institut, habe keine Beziehung zur öffentlichen Ordnung und öffentlichen Oekonomie.

[4]) Vgl. z. B. Windscheid I. § 57; Zitelmann jur. Pers. S. 95 fg.; Brinz III. § 433 fg.

[5]) L. 6 pr. de interr. (11, 1), l. 3 qui test. fac. (28, 1), l. 5 test. quemadm. aper. (29, 3). Dazu vgl. Gai. II. 55; III. 33, § 2 J. de B. P. (3, 10), l 1 pr. de S. E. (38, 9), l. 1 pr. si quis om. causa (29, 4). — Ueber die tieferen Grundlagen des Erbrechts vgl. Unger VI, Einleitung, Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 4 fg., Excurse II. S. 1 fg.

Es wurde ferner betont, dass die Erbschaft nicht erst durch einen speziellen Schöpfungsact entstehe —, als ob es bei allen juristischen Personen eines solchen bedürfte, und als ob nicht auch die Erbesberufung durch das Gesetz bezw. durch den vom Gesetz anerkannten letzten Willen ein Schöpfungsact wäre [1]).

Der Gesichtspunkt, dass bei der Erbschaft materiell nicht eine neue Person geschaffen, sondern nur die des Erblassers festgehalten werde [2]), hat überhaupt die Richtigkeit der letzteren Theorie zur Voraussetzung, worüber bereits zur Genüge gesprochen wurde [3]).

Wenn ferner gesagt wurde, dass die Erbschaft, im Gegensatze zu allen juristischen Personen, nur ein custodiendum, nicht ein impendendum sei, so wurde aber gleichzeitig zugegeben, dass dieser Umstand keine Wesensverschiedenheit begründe [4]).

---

[1]) Vgl. oben I. S. 429 fg., II. S. 28 A. 7; dazu Karlowa röm. Rechtsgesch. II. S. 847 fg. — Dusil. c. S. 93 macht für das moderne Recht geltend, dass die Erbschaft in keiner einzigen Gesetzgebung ausdrücklich als juristische Person anerkannt sei, was dann entscheidend sei, wenn zur Creierung einer solchen eine spezielle Verfügung des positiven Rechtes erforderlich ist. — Wenn aber einmal die hereditas jacens in der lex generalis anerkannt ist, dann ist die Construction derselben Sache der Wissenschaft. Auch betrachtet Dusi die juristischen Personen überhaupt nicht als blosse Schöpfungen des positiven Rechtes (S. 65 fg., 70 fg., 87); und was die Erbschaft betrifft, so findet er die juristische Persönlichkeit derselben wenigstens in der römischen Jurisprudenz anerkannt (S. 27 fg., 85 fg.).

[2]) Vgl. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 35.

[3]) I. S. 29 fg.; II. S. 90, 101 A. 2.

[4]) So Brinz; s. oben I. S. 60 A., S. 281 A. 1. Ebenso Regelsberger Pand. I. S. 296. — Dusi l. c. betont aber gegen die juristische Persönlichkeit der Erbschaft, dass sie nicht einem wahren und eigenen Zweck diene (i. sondernn ur erhalten werde für den künftigen Erben, daher sie auch eine geringere Rechtsfähigkeit habe (S. 80 fg., 103, 107). Der Einwand von Brinz, dass die Zugehörigkeit nicht nothwendig die Verwendung in sich schliesse, sei nicht zutreffend, denn der Zweck blosser Erhaltung sei nicht mehr Zugehörigkeit; der Zweck aber, das Vermögen an den Erben zu bringen, sei nicht Zweck der Erbschaft

Der Einwand, dass die Erbschaft kein besonderes Vertretungsorgan habe, ist überhaupt nicht allgemein richtig. Auf die cura hereditatis bezogen, trifft er zwar für das römische Recht als Regel zu, ist aber auch hier nicht ohne Ausnahmen [1]; und die Regel erklärt sich wieder daraus, dass der Erbschaftssklave theilweise einen Ersatz bot, dass auch die Aufgabe einer Vertretung nur die custodia war, und dass die Abwickelung einer Erbschaftssache im Allgemeinen der privaten Thätigkeit überlassen war [2]. Im modernen Rechte ist die Vertretungsfrage überhaupt anders geregelt [3]. Natürlich dürfte auch nicht umgekehrt aus einer umfassenderen Vetretung der Schluss auf juristische Persönlichkeit der Erbschaft gezogen werden.

Besser steht es mit dem Einwande, dass die her. jacens eine unbestimmte, nur provisorische, vorübergehende Existenz habe, was wieder bedingt sei durch den vorübergehenden, ganz bestimmten Zweck derselben [4]. Das erstere Argument wäre geradezu unwiderleglich, wenn dem Satze von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes eine reale Bedeutung beigelegt würde: soll denn die angebliche juristische Persönlichkeit der Erbschaft hinterher wieder weggedacht werden? Allerdings haben Manche sich auch dazu verstanden [5]; aber eine juristische Person ist doch nicht „ex his, quae postfactis, in praeteritum quid sit, declarent". Aber auch ohne Rücksicht auf das

---

sondern des Erbrechts; Zweck der Erbschaft sei vielmehr, ein Subject für das Vermögen zu finden, dasselbe also habe ein solches noch nicht (S. 95 fg., 102, 109, 200). Ueber dieses Raisonnement s. oben II. S. 21 A. 4. — Gegen obiges Argument s. auch Pfaff-Hofmann Excurse II. S. 223.

[1]) S. oben I. S. 117 A. 2, S. 123 A. 2, S. 129 A. 1. — Vgl. Regelsberger Pand. I. S. 296.

[2]) Vgl. hierüber bes. Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (1862) No. I. fg. (Syst. VI. § 39).

[3]) Für das österr. Recht vgl. Unger VI. § 7 u. A. 20; Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 38 fg. — Im Allgemeinen: Dusi l. c. S. 137 fg.

[4]) Vgl. auch Regelsberger Pand. I. S. 296; Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 245 fg.

[5]) S. oben I. S. 67 fg., 74, 94 fg.

Rückwirkungsprinzip kommt jenem Argumente eine Bedeutung zu. Man hat unter den legislativ-politischen Gründen, aus welchen das objective Recht „juristische Pesonen“ schafft bezw. anerkennt, namentlich auch den hervorgehoben, dass es Zwecke der Menschen gebe, welche über das Dasein und Bedürfnis des Einzelnen hinausgehen, weshalb das dafür bestimmte Vermögen nicht an die Person der Destinatäre als Subject angeknüpft und damit ihrer Willkür preisgegeben werden könne. Dieser Gesichtspunkt nun trifft bei der hereditas jacens allerdings nicht zu: sie ist nur für ein oder mehrere Individuen, und zwar als Eigenthümer bestimmt. Und der Einwand, dass auch manche juristische Personen möglicherweise ein kurzes Dasein fristen können, mag allerdings für manches ad hoc gesammelte „Zweckvermögen“ zutreffen [1]), dürfte aber doch nicht der Idee der juristischen Person im Allgemeinen entsprechen [2]) [3]).

Das zweite Argument steht mit dem ersteren in Zusammenhang und theilt daher auch dessen Werth; es gilt also auch von dem Einwande, dass ja auch manche juristische Personen nur für ganz bestimmte vorübergehende Zwecke existieren [4]), das soeben Gesagte. Ueberhaupt darf Zweck und Mittel nicht verwechselt werden. Wenn bei juristischen Personen das Vermögen subjectiviert wird, so ist dies als Mittel gedacht, dem Vermögen als solchem rechtlichen Bestand und Entwickelungsfähigkeit zu geben, der Zweck des Vermögens liegt ausserhalb desselben.

---

[1]) Vgl. Pfaff-Hofmann Excurse II. S. 223 mit Bezug auf Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1020.

[2]) Vgl. l. 56 de usufr. (7, 1), l. 8 de usu et usufr. (33, 2). S. auch Pernice Labeo III. 1 S. 56 A. 3.

[3]) Dusi l. c. S. 102 (94) findet in dem nur provisorischen und zeitlichen Leben der her. jac. ebenfalls einen Gegensatz zur Stiftung, welche eine dauernde Existenz haben könne, weil ihr Vermögen seine ökonomische Function und seinen Zweck auch ohne physisches Subject erreichen könne, während die Erbschaft unthätig daliege, ohne ihr ökonomisches Ziel zu erreichen. (?)

[4]) Vgl. Puchta krit. Jahrb. VIII. S. 712 fg.; Dworzak in Haimerl's österr. V. J. Sch. XI. S. 220 fg.; Pfaff-Hofmann Excurse II. S. 223.

Daher darf auch bei der Erbschaft nicht gesagt werden, ihre Subjectivierung habe nur den Zweck, das Nachlassvermögen zu erhalten: letzteres ist vielmehr das Mittel zur Erreichung des Zweckes, das Vermögen an den Erben hinüber zu leiten. Dieser Zweck nun wäre an sich doch ein genügendes Substrat zur Creierung juristischer Persönlichkeit; es gibt sogar noch andere Zwecke, die aber wieder nur jenem Hauptzwecke dienstbar sind [1]). Andrerseits aber kommt in Betracht, dass durch das Mittel der hereditas jacens beim heres voluntarius gerade nur das Ziel erreicht werden soll, welches sich beim heres necessarius von selbst verwirklicht: die unmittelbare Succession des Erben nach dem Erblasser. Und da soll sich zwischen Beide eine juristische Person hineinschieben?

Geradezu entscheidend ist nun aber, dass durch solche Einschiebung der Zweck der Universalsuccession vereitelt würde, während das Institut der her. jac. doch diesem Zwecke sein Dasein verdankt. Dieses Argument haben wir bereits früher wiederholt geltend gemacht [2]): wird die hereditas selbst als Subject der Rechte und Verbindlichkeiten gedacht, bezw. ein solches in sie hineingedacht, dann ist dieses Subject erster Successor des Erblassers, und für den berufenen Erben ist, wenigstens nach römischen Rechte, kein Raum mehr [3]). Dieser Consequenz glaubten Manche durch den Hinweis auf die Rückwirkung des Erbschaftsantrittes zu entgehen; aber mit dieser Rückwirkung wäre ja die angenommene Persönlichkeit der Erbschaft wieder rückwärts negiert [4]). Andere meinten, durch die Annahme der Subjectlosigkeit des Erbvermögens helfen zu können, sofern dann der Erbe immerhin als erster Successor erscheine; aber darnach schöbe sich immerhin das Niemandem gehörige Vermögen zwischen Erblasser und Erben, und um die Unmittelbarkeit bezw.

---

[1]) S. oben II. S. 96 fg., S. 104 A. 4 (S. 21 A. 4).

[2]) S. oben I. S. 79, 85, 96 fg.; S. 292 fg., 334.

[3]) Oben I. S. 294 A. 3 (zu den das. cit. Stellen s. auch l. 43 § 3 de vulg. et pup. subst.).

[4]) S. vorhin II. S. 105 zu A. 5.

Continuität der Succession wäre es wieder geschehen [1]). Ein schon vorhandenes Vermögen kann sicher ebenfalls Erbe werden; ein noch nicht vorhandenes Vermögen kann durch Erbeinsetzung creiert werden [2]); sollte also, möchte Jemand fragen, nicht auch das Vermögen, welches den Eintritt eines Erben erwartet, vorerst selbst Successor sein können [3])? Wenn aber etwas in unserer Materie sicher ist, so ist es das, dass die Römer als Universalsuccessor des Erblassers nur den Erben (und wer heredis loco ist), nicht auch die Erbschaft ansahen, diese vielmehr nur als den Mechanismus für die Succession des Erben betrachteten (per universitatem acquirere"). Und das gilt auch für jedes moderne Recht, das dem Aditionsprinzip huldigt: die hereditas ist kein selbständiges Glied in der Successionsreihe, höchstens ein Abbild davon, wie Tryphonin sagt [4]). Und dem entspricht

---

[1]) S. oben I. S. 72, 84, 88, 96 fg., 292 fg., 334; II. S. 4 fg., 89 fg., 98. Das Gesagte gilt auch von Dusi l. c., welcher die hereditas jacens als ein subjectloses Vermögen erklärt, gleichwohl aber die Rückwirkung des Erbantrittes anerkennt. (S. oben II. S. 6 A. 1.)

[2]) Windscheid III. § 549 No. 2 mit Lit. (dazu vgl. auch Pernice Labeo III. 1 S. 56 fg.); Unger I. §. 44 A. 20, VI. § 14 A. 8; Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 93 A. 2.

[3]) Die Theorie der Subjectlosigkeit betrachtet das Subject im Verhältnis zum Recht als blossen „Gehörpunkt" für letzteres, der aber auch fehlen könne; darnach könnte von den erbschaftlichen Rechten immerhin gesagt werden, sie „gehören" erst dem Erben; aber dann lag vorher der Gehörpunkt im Zweck, und der Erbe ist zwar erstes, aber nicht unmittelbares Subject. — Die Theorie von den passiven Wirkungen der Rechte lässt die erbschaftlichen Rechte selbst zeitweilig untergegangen sein: doch steht sie wohl nicht mit der Auffassung der Quellen in Einklang (s. oben I. S. 53; zu den in A. 3 cit. Stellen vgl. noch l. 193 de R. J.; l. 3 si pars her. 5, 4), und dem von ihr der Personificationstheorie gemachten Vorwurfe (s. oben S. 79 fg.) dürfte sie selbst kaum entgehen. — Aehnliches lässt sich auch von den Theorien des objectiven Rechtsbestandes, des Rechtsverbandes, des Hausvermögens etc. sagen. (Vgl. oben II. S. 2 fg.)

[4]) L. 19 § 5 de castr. pec. (49, 17): „— quum medium tempus, quo deliberant heredes, imaginem successioni praestiterit". Fitting

auch die Phrase von der Personeneinheit zwischen Erbschaft und Erben [1]).

Ueberblickt man all' das für und gegen die juristische Persönlichkeit der Erbschaft Vorgebrachte, so wird man kaum umhin können zuzugeben, dass die Gründe ihrer Gegner stärker seien, als die ihrer Vertheidiger. Man wird aber auch bekennen müssen, dass das, was die Opposition an die Stelle derselben setzt, nicht im Stande sei, die obwaltenden Schwierigkeiten, namentlich in Betreff der Unmittelbarkeit der Erbfolge, zu beseitigen. Es muss also noch eine andere Lösung geben. Unter jenen Gründen sind wir auch dem Begriffe der universitas begegnet, und mit demselben operieren die Vertreter beider Richtungen: die Gegner der Subjectivierung erblicken in der erbschaftlichen universitas

---

castr. pec. S. 311 fg.; S. 314 übersetzt er so: „denn in dieser Zwischenzeit stellt sich doch das castrense peculium als eine Erbschaft des Sohnes dar, womit sich die Annahme eines Eigenthums des Vaters an den dazu gehörigen Sachen nicht verträgt". Aber eine „Erbschaft des Sohnes" läge doch nur dann vor, wenn dieselbe von seinen Testamentserben auch angetreten wurde (l. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2, l. 18 pr. de stip. serv. 45, 3, l. 14 § 1 de castr. pec.), was im Falle der obigen Stelle eben nicht geschah; unter jener Voraussetzung aber wäre eine wirkliche hereditas, nicht bloss imago successionis vorhanden.

[1]) S. oben I. S. 12, S. 1 fg., 89 fg. — Köppen, der in seiner Schrift de vi quam retro exerc. p. 12, 29 fg., 48 fg. den Satz von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes noch im Sinne der Einheit von Erbschaft und Erben verstanden hatte (s. oben II. S. 52 A. 7; — über seine spätere Theorie s. oben I. S. 85 fg.), wollte (Erbsch. S. 66) in Betreff der l. 22 de usurp. (41, 3) aus ihrer Stellung in diesem Titel ableiten, dass sie nur eine Beziehung auf die successio in usucapionem habe; und ihm folgt Markusen (her. jac. S. 76). Wäre aber das auch richtig, so könnten die bezüglichen Worte noch immer eine allgemeine Bedeutung für die Erbfolge überhaupt haben. (Zu I. S. 89 A. 1 s. noch Windscheid III. § 528 A. 7; Vering Erbr. S. 86; Bruns in Holtzendorff I. § 95; jetzt auch Hölder in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung 1895 S. 222 fg.

nur eine juristische Sache, die also nicht zugleich juristische Person sein könnne; die Anhänger derselben glauben sich auf die Personificierung der universitas und ihre Gleichstellung mit anerkannten juristischen Personen berufen zu können. Beide Theile haben zum Theile recht, zum Theile unrecht.

Die hereditas wird ausdrücklich und wiederholt als eine universitas erklärt, u. z. im Gegensatze zu den einzelnen Erbschaftsstücken; sie wird aber gleichzeitig auch als jus successionis definiert [1]). Demnach hat das Wort „hereditas" neben seiner objectiven auch eine subjective Bedeutung: nicht deswegen, weil sie zu den res incorporales gezählt wird, sondern weil zu den letzteren auch gerechnet werden „ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas", und diese dann bezeichnet wird als „ipsum jus successionis (hereditatis)" [2]).

Welche rechtlichen Erscheinungen und Wirkungen sich an die Eigenschaft der hereditas als einer universitas knüpfen, wurde vorhin erwähnt [3]). Zu diesen gehört insbesondere das adquirere res singulas per universitatem, die sog. Universalsuccession [4]). Dieser Punkt ist schon aus folgendem Grunde von Bedeutung. Im Sinne der älteren Doctrin wäre die hereditas der Hauptfall der sog. „universitas juris" (als Gegensatz zur universitas facti, hominis, rerum). Dieser Begriff ist von der neueren Wissenschaft in seiner Allgemeinheit als ein unrichtiger erkannt, u. z. hauptsächlich aus dem Grunde, dass er auf einer unzulässigen

---

[1]) L. 208 de V. S. von African, l. 3 pr. de B. P. (37, 1) von Ulpian (in Betreff der Lesart vgl. jetzt Puntschart d. mod. Theorie S. 397 A. 2); s. ferner l. 24 de V. S. von Gaius, l. 62 de R. J. von Julian. (Vgl. das österr. a. b. G. B. §§ 531, 532, dazu § 302.) — S. auch Dirksen man. lat. v. universitas.

[2]) S. die oben I. S. 11 i. f. cit. Stellen. (Vgl. auch Gaius II. 54, IV. 17). Hierüber I. S. 218 A. 3, S. 219 A. 1, S. 365, 366 A. 1, II. S. 15 A. 2, S. 16 A. 1, 3.

[3]) II. S. 97 fg.

[4]) Ueber Köppen's u. A. Auffassung des Wesens der Universalsuccession wurde oben gesprochen (I. S. 97 A. 2, S. 219 A. 4, S. 293 A. 2). Er beruft sich dafür (Erbsch. S. 105 A. 12) auf Gai. epit. II. 2 pr.; aber es heisst doch auch hier: „Per universitatem, hoc est: omnia

Generalisierung dessen beruht, was nur für die hereditas gilt, — ein Irrthum, der besonders durch die l. 20 § 10 de H. P. [1]) gefördert wurde [2]).

---

semel (simul?) bona acquirimus hereditate, emtione, adoptione . .« (vgl. l. 3 § 2 de itin. actuque 43, 19). Bei jener Auffassung bleibt insbesondere unverständlich, wie dann, wenn das objective Recht im Stande sein soll, die einzelnen erbschaftlichen Rechtsverhältnisse ohne Subject aufrecht zu erhalten (S. oben I. S. 45), in welche nun der Erbe unmittelbar eintreten soll, das objective Recht nicht auch vermögend sein soll, diese Rechtsverhältnisse als einzelne, nicht als universitas aufrecht zu erhalten, während nach Köppen die universitas zwar nicht Gegenstand der Succession, wohl aber des Delationsrechtes sein soll. — Jene Auffassung scheint uns auch zu Köppen's Obligationsbegriff nicht recht zu passen, wonach die Obligation ein vinculum juris zwischen den beiderseitigen Vermögen bilden, und die Schuld ein fremdes Geld im Vermögen des Schuldners (aes alienum) sein soll, das dem Gläubiger gehöre, dessen Recht das ganze Vermögen des Schuldners ergreife (l. 50 § 1 de jud. 5, 1), wie dies auch in der römischen Vermögensexecution zum Ausdrucke komme. (Erbsch. §§ 2, 3; vgl. auch Hofmann in Grünhut's Zeitschr. VIII. S. 556 fg.; ferner die Mittheilung in Dusi l. c. S. 112 A. 1; dagegen Markusen a. a. O. S. 116 fg., 32.) Wie soll nun zu solcher Stellung der Erbschaftsgläubiger gegenüber dem Nachlass (Gai. II. 98, III. 77 fg.) jene Auffassung der Succession des Erben passen, die doch gerade auch dem Interesse der ersteren dienen soll (Gai. II. 55, l. 1 pr. de succ. ed. (38, 9) ? — Vgl. ferner Regelsberger Pand. I. § 122 No. II, 1. Neuestens vertritt Hölder Zeitschr. f. d. Savigny-Stiftung 1895 S. 242 fg., in Opposition gegen die Ansicht, dass auf den Erben die Gesammtheit des Nachlasses als solche übergehe, eine der obigen ähnliche Auffassung: ‚Die Universalsuccession ist (vielmehr) eine successio per universitatem, was nur bedeutet, dass auf den Erben nicht bestimmte Nachlassbestandtheile je für sich, sondern (zu dem Theile, zu dem er Erbe ist) alle (nicht durch Vermächtnis Dritten zugewendeten) Nachlassbestandtheile miteinander übergehen.‹ Das ‚in universum jus, in omne jus mortui succedere‹ bedeute auch nicht den Uebergang des Nachlasses als Einheit, sondern nur, dass nicht bloss bestimmte Nachlassbestandtheile übergehen, sondern alle. (S. oben II. S. 37 fg., 108.)

[1]) S. oben II. S. 94 A. 6.

[2]) S. die betr. Literatur bei Windscheid I. § 42 A. 6, Vangerow I. § 71 A.; Unger I. § 57 No. I, Regelsberger Pand. I. § 95 No. IV i. f. (Vgl. auch Savigny Syst. I. S. 378.)

Den Grund aber davon, dass die Generalisierung unrichtig war, erblicken wir vornehmlich darin, dass der Begriff der universitas juris eine wesentliche Beziehung zur Universalsuccession hat, und von den verschiedenen Fällen der letzteren, welche das römische Recht — unter Lebenden wie von Todes wegen — kannte, im heutigen Rechte nur mehr der Fall der Erbfolge übrig geblieben ist [1]), es also eine „universitas juris“ ausser der hereditas überhaupt nicht mehr geben kann [2]).

Wenn nun die hereditas in den Quellen als „universitas quaedam ac jus successionis“, als „universitatis cujusdam successio“ bezeichnet wird [3]), so entsteht unwillkürlich die Frage, wie denn in jenem Worte ausser seiner objectiven Bedeutung auch die subjective der Succession liegen soll? An sich bedeutet dasselbe — in seiner Ableitung von „herus“ — doch so viel wie „Herrenschaft“, also eine gegenwärtige, nicht eine erst von der Zukunft zu erwartende Herrschaft [4]). Andrerseits hat das Wort „heres“ die juristisch-technische Bedeutung von (Universal-) Successor, Erbe, so dass also „hereditas“ in der That das für den Erben bestimmte, aber ihm noch nicht gehörige Vermögen bedeutet [5]) („hereditas jacet“, sc. „vacua sine domino“ [6])).

Mag aber auch „hereditas“ das zur Succession bestimmte Vermögen bedeuten, wie soll es auch die Bedeutung von jus successionis haben? Eine Herrenschaft (gegenwärtige oder künftige) ist wohl der Inhalt eines Rechtes [7]), aber nicht das Recht selbst. In der That hat jene Bedeutung schon man-

---

[1]) Vgl. Unger II. § 74, VI. § 2; Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 8, Exc. II. S. 196.

[2]) S. bereits oben I. S. 219.

[3]) S. die Stellen II. S. 110 A. 1.

[4]) Huschke übersetzt: ‚die ihren Herrn erwartende Herrenschaft‘: oben I. S. 36 A. 2.

[5]) Vgl. oben II. S. 15 A. 7. Vgl. auch Karlowa röm. Rechtsgesch. II. S. 843 fg.

[6]) Oben I. S. 8, II. S. 14.

[7]) Nach Pfaff-Hofmann hier: des dominium hereditatis; s. oben I. S. 39 A., II. S. 19 A. 1.

chem Schriftsteller Sorge bereitet [1]). Unsere Ansicht aber ist folgende: Die subjective Bedeutung von „hereditas“ im Sinne von „Recht zur Erbfolge“, bezw. „Erbrecht“ [2]), scheint doch nur dann möglich zu sein, wenn der berufene Erbe schon vor seinem Antritte, als Delat, in einer näheren Beziehung zur Erbschaft steht als bloss im Sinne der rechtlichen „Möglichkeit“, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen [3]); wenn er zwar formell derselben noch als extraneus gegenübersteht, materiell aber in gewissem Sinne als Successor in derselben betrachtet werden kann; mit anderen Worten: wenn er bereits giltig als Erbe gesetzt ist, aber, weil einseitig, noch nicht wirksam gesetzt ist, die Wirksamkeit aber nur mehr von seiner Genehmigung jener einseitigen Setzung abhängig ist. Insofern stellt die hereditas (jacens) allerdings bereits ein jus successionis dar, nicht ein blosses (von den Neueren sogenanntes) jus succedendi, — aber immer noch im Sinne des aus der Delation, nicht des aus der Acquisition entstandenen Rechtsverhältnisses [4]).

Und endlich noch eine Frage: woher kommt denn mit dem Tode des Erblassers auf einmal die Eigenschaft des hinterlassenen Vermögens als einer rechtlichen universitas? Bei Lebzeiten des

---

[1]) Vgl. z. B. Köppen Erbsch. S. 96; Puntschart a. a. O. S. 395 fg. — Dass Brinz die Erbfolge selbst, nicht den Nachlass, personificiert wissen will (s. oben I. S. 44 A. 2 i. f.), wird nur durch die Bedeutung von hereditas als successio begreiflich.

[2]) Ueber diese Bedeutung von ‚Erbrecht‘ s. oben I. S. 365 A. 3 fg., S. 368 A. 4, II. S. 16. S. jetzt auch Hölder die Stellung des römischen Erben S. 269 fg. (248) über die Bedeutung von ‚Erbrecht‘, ‚Erbschaft‘.

[3]) Oben I. S. 362 fg.; zu den S. 366 A. 1 cit. Stellen s. auch l. 6 § 2 si quis omissa causa test. (29, 4) — Brinz III.² S. 3 —, l. 33 de acquir. her. (29, 2), l. 19 i. f. de inoff. test. (5, 2).

[4]) Liter. zu dieser Frage: oben I. S. 365 A. 1, II. S. 15. Puntschart a. a. O. S. 395 fg. meint, dass die Stellen, welche die hereditas als ‚successio‘ (= rechtliche Möglichkeit) definieren, sich nur auf die heredes voluntarii, dagegen die Stellen, welche sie als ‚jus successionis‘ bezeichnen, sich auch auf die heredes domestici beziehen. — In l. 3 § 3 de her. inst. (28, 5) wird gerade der Unterschied, ob ipso jure oder aditione succediert wird (s. oben I. S. 410, 260, 437 A. 2), als ein Unterschied im ‚jus successionis‘ bezeichnet.

Erblassers gab es eine solche ja nicht, die einzelnen Rechtsverhältnisse hatten nur in der Person des Erblassers selbst ihren Mittelpunkt und Zusammenhang [1]); und nach dem Erbschaftsantritte gibt es wieder keine universitas als solche mehr, da zufolge der Vermögensconfusion die erbschaftlichen Rechtsverhältnisse nunmehr das Schicksal der bisherigen Rechtsverhältnisse des Erben theilen, also nur mehr durch dessen Person als eine Einheit erscheinen [2]); im Zwischenstadium der hereditas jacens aber haben wir im Erbvermögen selbst eine universitas, die ausdrücklich den res hereditariae gegenüber gestellt wird [3]). Jene Frage durfte also wohl aufgeworfen werden [4]). Der Hinweis auf die Unumgänglichkeit dieses Mechanismus ist ebenso begründet als er keine Erklärung gibt; die Berufung auf das objective Recht als Schöpfer desselben erklärt nur die Möglichkeit, nicht aber die Nothwendigkeit desselben [5]). Unsere früheren Ausführungen geben folgende einfache Erklärung. Die hereditas jacens stellt ein Pendenzverhältnis dar mit vorläufiger Regelung der Eigenthumsfrage im Sinne des bisherigen Zustandes, d. h. so wie wenn der Erblasser selbst noch leben würde [6]). Demnach bleiben alle einzelnen Bestandtheile der Erbschaft in jenem Zusammenhange, den sie bisher durch die Person des Erblassers hatten [7]).

Daraus folgt aber auch, dass gerade der abgeleitete und procuratorische Charakter, welcher der Personification der Erbschaft eigenthümlich ist [8]), mit zu den Gründen gegen

---

[1]) Vgl. Puchta Vorles. § 508; Brinz 1. Aufl. S. 654 fg.; Unger VI. § 2 A. 14.

[2]) Vgl. Köppen Erbsch. S. 97; 30; Unger VI. § 40 A. 2; insbes. jetzt Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 239 fg., bes. S. 245 fg.

[3]) L. 208 cit. (de V. S.). Vgl. auch oben I. S. 20 A. 1, II. S. 15, 89, 101 fg.

[4]) Gewöhnlich wird diese Verwandlung als etwas Selbstverständliches hingenommen. Vgl. nur Köppen Erbsch. S. 23 fg.; S. 91 fg.; Puntschart a. a. O. S. 391 fg.

[5]) S. vorhin II. S. 110 A. 4.

[6]) Oben II. S. 42 fg., insbes. S. 70 fg., 78 fg.

[7]) Mit römischen Worten: universo jure hereditatis continentur singulae res, quia hereditas personae defuncti vicem sustinet.

[8]) S. oben I. S. 26, 63, 117, II. S. 70 fg., S. 90 fg. Vgl. Hölder

die Auffassung der Erbschaft als einer juristischen Person („Zweckvermögen") gezählt werden muss.

§ 47. Ueber die Dauer der hereditas jacens.

Obwohl der Hauptzweck unserer Untersuchung auf die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur der sogenannten hereditas jacens gerichtet ist, hat doch die Frage nach der Dauer derselben [1]), bezw. des Rechtsverhältnisses, welches wir als „schwebendes Erbrecht" bezeichnen, insoferne ein Interesse für uns, als sie mit der später zu beantwortenden Frage nach dem Anfangs- und dem Endpunkte der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes in Zusammenhang steht.

Vom Standpunkte des römischen Rechtes beantwortet sich diese Frage im Allgemeinen von selbst. Bei der Erbfolge des heres voluntarius hat der Interimszustand der hered. jacens mit dem Erbschaftserwerbe (durch cretio, aditio, pro herede gestio) sofort sein Ende, denn damit tritt die rechtliche Confusion des Erbvermögens mit dem Vermögen des Erben zu einer einzigen Vermögensmasse ein. Hierbei ist eine nicht schon im Voraus (vor der Delation) abgegebene Erbeserklärung vorausgesetzt — das Gegentheil lässt das röm. Recht ohnehin nur ausnahmsweise zu — [2]).

Der Umstand, dass der Delat cum beneficio inventarii antritt, ändert an der angegebenen Wirkung nichts, mag auch

---

d. Stellung d. Erben S. 223: „Die Persönlichkeit der Erbschaft ist — eine von der (des Erblassers) abgeleitete . ."

[1]) Dusi l. c. widmet den Voraussetzungen (dem Beginne) der Jacenz und dem Ende derselben eine eigene Darstellung, allerdings mit besonderer Beziehung auf das französische und italienische Gesetzbuch (S. 117 fg. [43]; S. 191 fg.); denn nach römischem, gemeinem und österreichischem Rechte sei die Jacenz an keine andere Voraussetzung geknüpft, als dass die Erbschaft noch nicht angetreten wurde (S. 117, 134, 135), daher auch das Ende derselben mit dem Wegfall dieser Voraussetzung gegeben sei (vgl. S. 191).

[2]) S. oben I. 310 und fg.

hierbei etwas wie Hemmung der Vermögensconfusion in dem Sinne stattfinden, dass der Erbe den Erbschaftsgläubigern nur pro, vielleicht auch nur cum viribus hereditatis zu haften hat und dass in das Erbvermögen auch seine eigenen Forderungen wie Schulden gegen den Erblasser, Rechte wie Lasten einbezogen werden; das Erbvermögen ist deswegen doch nicht ein ihm fremdes Vermögen [1]). Eher wohl lässt sich für die sog. separatio bonorum die Frage aufwerfen, ob nicht durch die damit verbundene Hemmung der Vermögensconfusion eine Verlängerung der hereditas jacens auf so lange bewirkt werde, als die betreffenden Erbschaftsinteressenten aus dem Nachlass die ausschliessliche Befriedigung zu beanspruchen haben [2]).

Diese beiden „Rechtswohlthaten" sind in ihrer römischen Gestaltung von einander ganz unabhängig: die Erwirkung der einen hat nicht von selbst die andere zur Folge, wie dies wohl wünschenswerth wäre [3]); und die Wirkungen der einen gehen nicht parallel mit denen der anderen. Während bei der Gütertrennung den Erbschaftsgläubigern (und Vermächtnisnehmern) nur der Nachlass selbst, also in natura, haftet [4]), ist es bei der Rechtswohlthat des Inventars nicht ganz ausser Zweifel, ob die beschränkte Haftung des Erben nicht eine persönliche ist [5])? Während bei ersterer die Erbschaftsgläubiger gegen die Concurrenz der Gläubiger des Erben gesichert sind, bewirkt die letztere keinen Ausschluss der Gläubiger des Erben vom Nachlassvermögen.

---

[1]) S. Windscheid III. § 606, Brinz 1. Aufl. II. § 158, 2. Aufl., III. § 399, insbes. aber die gediegene Abhandlung von Hofmann („zur Lehre vom benefic. inventarii und v. d. separ. bonor.") in Grünhuts Zeitschr. VIII. S. 555 fg., bes. 577 fg.

[2]) Windscheid III. § 607; Brinz 1. Aufl. II. § 157, 2. Aufl. III. § 398: Hofmann a. a. O., bes. S. 568 fg.

[3]) Hofmann a. a. O. S. 585 fg.

[4]) Nach Art eines Pfandes: Hofmann a. a. O. S. 556, 558, 585.

[5]) Die allgemeine Lehre spricht sich für die unpersönliche Haftung des Beneficiarerben aus; nur Brinz nimmt persönliche Haftung desselben bis zum Werthe der Erbschaft an (1. Aufl. II. S. 677; vgl. 2. Aufl. III. S. 211). Ganz unzweifelhaft ist die Sache doch nicht. Die für die herrschende Ansicht massgebenden Worte der c. 22 pr. C. de jure delib.

Während durch die Güterabsonderung dem Erben die Disposition über das Erbvermögen entzogen wird, daher z. B. Veräusserungen aus demselben, wenn nicht nichtig, doch anfechtbar sind [1]), steht bei der Wohlthat des Inventars dem Erben die Verfügung über den Nachlass in vollstem Masse zu [2]). Die Gläubiger des Erben, welche zwar selbst eine Gütertrennung nicht verlangen können [3]), sind bei der von den Erbschaftsgläubigern erwirkten Trennung gegen eine Concurrenz der letzteren auf das eigene Vermögen des Erben gesichert; sie sind dies aber freilich auch im Falle der Rechtswohlthat des Inventars insofern, als der Erbe den Erbschaftsgläubigern nicht über den Belang der Erbschaft hinaus zu haften hat. — Allerdings hingegen gebührt auch bei der Gütertrennung ein Ueberschuss vom Nachlass nach Befriedigung der Separatisten dem Erben, während die Frage, ob der Erbe denselben für ein Deficit zu haften habe, richtiger zu verneinen ist [4]). Allerdings ferner kann die Güter-

(6, 30) lauten allerdings sehr klar: „— quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur . . .“ Es ist aber auch nicht zu übersehen, dass diese Worte von Justinian auf die bekannte Constitution Gordian's zu Gunsten der Soldaten bezogen werden. Er selbst will zwar diese Wohlthat auf alle Staatsbürger ausdehnen („ad omnes hoc extendere“), aber die von ihm dafür gebrauchten Worte lauten dann in § 4 eod.: „— ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . .“; und dieselbe Ausdrucksweise finden wir auch in den Instit. § 6 de hered. qual. (2, 19): „— in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit“. Die persönliche — obzwar beschränkte — Haftung des Vorbehaltserben möchte an sich auch der römischen Auffassung des Wesens der Erbfolge mehr entsprechen, während allerdings die unpersönliche Haftung mehr zu den „exorbitanten Begünstigungen“ passt, die Justinian dem Beneficiarerben zu Theil werden liess. (Vgl. Hofmann a. a. O. S. 582, 584.)

[1]) Windscheid a. a. O. A. 4, 5; Brinz 2. Aufl. a. a. O. A. 4. (Vgl. Hofmann a. a. O. S. 582, 584.)

[2]) Hofmann a. a. O. S. 581 fg.

[3]) Hofmann a. a. O. S. 571 fg.

[4]) Gegen Windscheid III. § 607 A. 10, 11 s. Arndts Pand. § 524 A. 3; Hofmann a. a. O. S. 574 fg.; Brinz 2. Aufl. a. a. O. S. 208 A. 15.

trennung auch noch nach dem Antritte des Erben erwirkt werden, sofern nur nicht eine factische Gütervermengung, oder eine gutgläubige Veräusserung des Nachlasses, oder die Anerkennung des Erben als des Schuldners seitens der Gläubiger erfolgt ist. Nach dem Erbschaftsantritte also hätten wir eine hereditas jacens nur dem praktischen Effecte nach [1]). —

Bei der Erbfolge des heres necessarius kann von einer hereditas jacens überhaupt keine Rede sein, es müsste denn der Fall bedingter Erbeinsetzung, oder der Nachgeburt des Erben vorliegen [2]); in diesen Fällen aber hätte die hereditas jacens mit der Beseitigung der bisherigen Ungewissheit ipso jure ihr Ende.

Was das österreichische Recht betrifft, so gestaltet sich die Sachlage in Folge des Instituts der Verlassenschaftsabhandlung zum Theile verschieden; es kommt da wieder die Streitfrage in Betracht, ob der Erbschaftserwerb (im Sinne des Rechtes, Erbe zu sein) sich schon an die Erbeserklärung des Delaten, oder erst an die gerichtliche „Einantwortung“ [3]) des Nachlasses knüpfe [4])? Vom Standpunkte der letzteren Auffassung wäre es klar, dass bis zur Einantwortung eine wahre hereditas jacens

---

[1]) Der Satz ‚semel heres s. h.‘ muss doch auch hier gelten. Insofern erscheint also die separatio bonorum als eine factische Güterabsonderung, daher eben nicht mehr möglich nach der factischen Gütervermengung. Vgl. Brinz 2. Aufl. l. c. S. 207: ‚auch ist mit all' dem die Vermögenseinheit nicht aufgehoben, sondern nur der Vorausbefriedigung der Erbschaftsgläubiger untergeordnet.‘

[2]) S. oben I. S. 3 A. 2, 4. Vgl. auch Dusi l. c. S. 122 fg.

[3]) So heisst das Gesetz die gerichtliche Uebergabe des Nachlasses (§§ 797 fg., 550 a. b. G. B.; in § 436 eod. findet sich der Ausdruck ‚Ueberantwortung.‘)

[4]) S. oben I. S. 434 A. 3. Randa Eigenthumsrecht I. 2. Aufl. § 16 A. 1 bemerkt dazu, ‚dass gerade der Cod. Ther. beweiset, dass die Einantwortung nicht bloss eine öff. Legitimation ist, sondern mortis c. dieselbe Rolle spiele, wie inter vivos die ‚Uebergabe‘ (cfr. § 797).‘ Das dürfte gegenüber den von uns a. a. O. cit. Stellen des Cod. Ther., die R. selbst als ‚nicht widerspruchsfrei‘ bezeichnet, doch zu bestimmt lauten, obzwar wir sie selbst mit den Worten ‚vgl. aber auch‘ eingeleitet haben. Wie schon damals bemerkt (S. 434 fg.), hat die ganze Streitfrage für

vorläge, nicht bloss factisch, sondern auch rechtlich [1]). Nach der

---

unsere Theorie keine präjudizielle Bedeutung; daher seien nur noch folgende Bemerkungen gestattet.

Wenn nach § 823 a. b. G. B. (§ 128 i. f., § 180 Verl. Pat.) der wahre Erbe gegen den, welchem von der Abhandlungsbehörde die Erbschaft eingeantwortet wurde, später im Prozesswege obsiegt, und dieses Urtheil „die Stelle der Einantwortung" einnehmen und zugegebenermassen keine „constitutive" Kraft" haben soll, dann muss die hered. jacens doch nothwendig schon mit der Antretung des Klägers (die hier in der Klage selbst liegt: Unger VI. § 36 A. 12, Krainz II. § 511 zu A. 10 (§ 480 A. 22, § 509) aufgehört haben. — Wenn nach § 810 a. b. G. B. (§§ 145, 43, 122 Verl. Pat.) dem hinreichend ausgewiesenen Erben die Verlassenschaft „zur Besorgung und Benützung (Verwaltung)" zu überlassen ist, ist es so ganz sicher, dass die Verfügungen, zu denen er ermächtigt ist, „das ihm noch nicht gehörige Vermögen" betreffen? Sicher ist nur, dass er in diesem Stadium noch die Stellung eines Curators hat (Unger VI. § 40, Randa Erwerb d. Erbsch. S. 92 fg., Eigenth. R. I. § 16, Krainz II. 509, § 480). — Dass nach § 812 a. b. G. B. die Vermögensabsonderung nur vor der Einantwortung, also solange die factische Trennung ohnehin besteht, verlangt werden kann, scheint uns kein zwingender Beweis dafür zu sein, dass auch „die rechtliche Vereinigung" der beiden Vermögensmassen erst mit der Einantwortung erfolge. (Hierüber s. im Folgenden.) — Dass aus Erbschaftsschulden vor der Einantwortung nur die Erbschaft selbst, obzwar vielleicht vertreten durch den erklärten Erben, belangt werden kann (s. oben I. S. 384 A. 4, S. 435 A.; Unger VI. § 40 A. 17, Randa Erw. d. Erbsch. S. 92 fg., Eigenth. R. I. § 16 zu A. 2, Krainz II. § 480 S. 481), vermag wohl wieder nicht auszuschliessen, dass es sich materiell bereits um Schulden des Erben handle. Wenn aber das Gesetz vom Erben sogar als Voraussetzung der Einantwortung „die Erfüllung der Verbindlichkeiten" verlangt (§§ 818, 819 a. b. G. B., § 149 Verl. Pat.), so ist das schon ein Verstoss gegen den Grundsatz: zuerst haben, dann zahlen (Unger Verl. Abh. Nr. XVII; vgl. Erbrecht § 39, Randa Erw. d. Erbsch. S. 84 fg.); es wäre aber sogar ein Verstoss gegen den Grundsatz: zuerst erben, dann zahlen, wenn § 547 a. b. G. B. in der That nur ein theoretisches Prinzip ohne alle praktische Geltung (Randa a. a. O. S. 93 fg.) darstellen würde. — Wenn auch die Bestimmungen über die Haftung von Miterben vor der Einantwortung für Erbschaftsschulden (§§ 550, 821, 807 a. b. G. B.) als Beweis herangezogen werden (Lit. oben I. S. 434 A. 3), so ist auf die treffliche Bemerkung von Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 53 Nr. III. zu verweisen.

[1]) Randa Erwerb der Erbsch. S. 92, 93; Eigenth. R. a. a. O. u. § 17 S. 390; Krainz (Pfaff) II. § 511 S. 563 (hier wird auch der Fall des

ersteren Auffassung aber ist immerhin auch zu erwägen, dass die Wirkungen des Erbschaftserwerbes wenigstens praktisch erst mit der Einantwortung hervortreten [1]); daher müsste genauer [2]) so gesagt werden: die her. jac. habe rechtlich schon mit der Erbeserklärung ihr Ende, aber factisch, für die Behandlung des Nachlassvermögens, bestehe sie fort bis zur Einantwortung an den Erben [3]). Hiebei ist selbstverständlich nicht an eine schon im Voraus abgegebene Erbeserklärung, wie solche nach österreichischem Rechte allgemein möglich ist [4]), zu denken, sondern an eine vom wirklichen Delaten erklärte Annahme. Was aber den Fall collidierender Erbeserklärungen betrifft, so muss zwar die Frage, welcher derselben der Vorzug gebühre, erst im Prozesswege ausgetragen werden [5]), aber die als richtig erkannte

---

§ 823 a. b. G. B. in's Auge gefasst und das Ende der her. jac. hier erst an die Restitution der Erbschaft geknüpft; s. auch Stubenrauch Comment. zu § 823 cit. Nr. 9).

[1]) S. oben I. S. 434 A. 2.

[2]) Vgl. aber Randa Erw. d. Erbsch. S. 92.

[3]) Unger Vl. § 40: „Der Erbe wird unmittelbar durch den Erbschaftsantritt (§ 547) Herr des Erbvermögens, welches hiemit seine selbständige Existenz ganz und gar verliert und sich mit dem übrigen Vermögen des Erben zu Einem Vermögen zusammenschliesst.“ Später aber heisst es: „Die rechtliche Stellung des Erben als Herrn des Erbvermögens tritt jedoch erst mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses (§ 819) wirksam hervor. Vor diesem Zeitpunkt wird der Erbe in den meisten Beziehungen so betrachtet und behandelt, als hätte er die Erbschaft noch nicht angetreten. Die beiden Vermögensmassen bleiben factisch und rechtlich getrennt, und der Erbe steht dem Nachlass, der ihm actuell noch nicht gehört, wie ein Fremder gegenüber.“ (Vgl. auch § 41 A. 4). Indem aber Unger (§ 40 A. 20) die Ansicht, dass der Erbe nicht schon durch die Erbantretung, sondern erst durch die Einantwortung das Eigenthum erlange, als „irrig“ bekämpft und nur meint, dass das schon mit der Antretung erlangte Eigenthum vor der Einantwortung noch „eine Art dominium dormiens, ein in seiner praktischen Geltung und Realisierung noch gehemmtes Recht“ sei, — lässt sich doch kaum sagen, die beiden Vermögensmassen seien „factisch und rechtlich getrennt“. (Vgl. Randa a. a. O. S. 92 A. *, Eigenth. R. § 16 A. 1.) S. ferner Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 53.

[4]) Oben I. S. 310 A. 6; dazu auch Krainz II. § 509 A. 18.

[5]) Oben I. S. 373 A. 2, S. 436 in der Anm.

Erbeserklärung muss dann auch als von Anfang giltig erfolgt betrachtet werden [1]). — Sofern es aber nach österreichischem Rechte auch eine successive Erbfolge gibt, könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob mit dem Wegfalle des Vorerben wieder hereditas jacens nach dem Testator bestehe? Eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung findet bekanntlich nicht statt [2]), das Verlassenschaftsgericht hat schon bei der Einantwortung an den Vorerben für die Sicherheit des Nacherben von Amtswegen Sorge zu tragen. Der Anwärter ist demnach vom Eintritte des Restitutionszeitpunktes ohne Weiteres Erbe, — vorausgesetzt, dass er seine Erbeserklärung bereits abgegeben hat [3]). Für den möglichen Fall, dass dies nicht geschehen ist oder geschehen konnte, müsste allerdings gesagt werden, dass bis zu seinem Restitutionsbegehren wieder hereditas jacens bestehe [4]).

---

[1]) Der oberste Gerichtshof hat sich in verschiedenen Entscheidungen (s. dieselben in der Ausg. des a. b. G. B. von Schey zu § 547 Nr. 9—11, Nr. 4), dahin ausgesprochen, dass, solange die Erbeserklärung nicht vom Gerichte angenommen ist, die hereditas noch jacens sei; dass nach Annahme der Erbeserklärung der Nachlass im Prozess nur vom Erben, nicht aber von einem Nachlasscurator vertreten werden könne; dass aus Forderungen oder Schulden des Erblassers der Erbe vor der Einantwortung nur als Vertreter des Nachlasses klagen bezw. geklagt werden könne; dass während eines schwebenden Eigenthumsstreites keiner der Erbprätendenten den Nachlass vertreten könne. — S. ferner das Judicat 85 (Entsch. vom 31. Dez. 1873, s. Randa Eigenth. R. I. § 16 A. 4, Krainz II. § 480 A. 27, v. Anders Famil. R. § 57 A. 58), dass es zur Veräusserung des einem Mündel erst angefallenen, noch nicht eingeantworteten unbeweglichen Gutes nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürfe — weil erst durch die Einantwortung das „vollwirksame" Eigenthum erworben werde.

[2]) Liter. bei Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 250 A. 43.

[3]) Unger VI. § 48 zu A. 9, ferner A. 1; Pfaff-Hofmann l. c. S. 250; Krainz (Pfaff) II. § 504. S. auch oben I. S. 313, 328.

[4]) Pfaff-Hofmann a. a. O. betonen, dass es sich hier „nicht um einen frei liegenden Nachlass handle, sondern der Nacherbe das Vermögen aus der Hand des bisherigen Herrn (bezw. des ihn repräsentierenden Erben) bekommt", und sie meinen, „es gibt hier keine neue Verlassenschaft, also auch keine neue Verlassenschaftsabhandlung". Letzteres ist wahr, hindert aber u. E. doch nicht das Vorhandensein einer

Im Falle der Rechtswohlthat des Inventars (§ 802, § 815 a. b. G. B.)[1]) findet zwar — zu Gunsten des Beneficiarerben — ebenfalls eine Art Hemmung der Confusion der beiderseitigen Vermögensmassen statt, aber allerdings nur in dem Sinne, dass der Erbe nicht über den Bestand (Belang) der Erbschaft hinaus für die Erbschaftsschulden und Vermächtnisse zu haften hat („nur soweit verbunden, als die Verlassenschaft — — hinreicht"), wobei auch seine eigenen Forderungen bezw. Schulden gegenüber dem Erblasser in Rechnung kommen. Hier kann also von einer rechtlichen Gütertrennung im wahren Sinne nicht gesprochen werden[2]), mag auch diese Idee in der Literatur manchmal anklingen[3]). Der Vorbehaltserbe wird mit der Einantwortung (wenn nicht erst rechtlich, so doch dem praktischen Erfolge nach) Herr des Erbvermögens mit dem Rechte der Dis-

„Verlassenschaft". Vgl. den Fall des § 823 a. b. G. B. (S. vorhin II. S. 119 A. 4, 1.)

[1]) Vgl. Unger VI. § 42, Randa Erwerb d. Erbschaft S. 104 fg.; Krainz (Pfaff) II. § 515; ferner Hofmann a. a. O.

[2]) Allerdings sagt § 1445 a. b. G. B. in Betreff der Erlöschung einer Obligation durch Confusion: „— ausser wenn es dem Gläubiger noch freisteht, eine Absonderung seiner Rechte zu verlangen", wobei § 802 über die Rechtswohlthat des Inventars und § 812 über die Güterabsonderung citiert werden. Es ist also an eine zwischen dem Erben und dem Erblasser bestandene Obligation gedacht, deren Untergang durch Confusion gehindert wird. Unter dem „Gläubiger" ist bei der Citation des § 812 der Erbschaftsgläubiger verstanden, und solcher kann auch der Erbe selbst sein, obwol für diesen die Gütertrennung wenig Sinn hat; bei der Citation des § 802 kann unter dem „Gläubiger" nur der Erbe als Gläubiger des Erblassers (§ 802 i. f.) verstanden werden. Liter. bei Hasenöhrl Obl. R. II. § 99 A. 12.

[3]) Unger a. a. O. drückt sich so aus: „Obwohl der Vorbehaltserbe Erbe und Herr des Erbvermögens ist und bleibt, wird er doch zu jenem Zweck (der beschränkten Haftung) in gewissen Beziehungen wie ein Nichterbe (§ 1445), wie ein blosser Vertreter des Nachlasses behandelt — —. Es findet somit eine rechtliche Trennung der beiden Vermögensmassen im Interesse und zu Gunsten des Erben statt (vgl. § 1445): die eingeantwortete Erbschaft bildet einen rechtlich abgesonderten Theil des Vermögens des Vorbehaltserben". Diese Formulierung hängt wohl zum Theile mit Unger's Ansicht zusammen, dass der Vorbehaltserbe auch nur cum viribus hereditatis hafte. (S. folg. Note.)

position über dasselbe [1]). Von einer rechtlichen Trennung kann also selbst dann nicht gesprochen werden, wenn der Vorbehaltserbe auch nur mit den Mitteln des Nachlasses (cum viribus hereditatis) haftet; noch weniger dann, wenn er zwar nur bis zum Werthe des Nachlasses, hiefür aber persönlich, mit seinem ganzen Vermögen (pro viribus hereditatis) zu haften hat [2]).

---

[1]) Schon das Hofdekr. vom 9. April 1737 sagt, es „werden solche Erben, ungeachtet des ihnen bleibenden beneficii legis et inventarii, vollkommen domini und können mit dem ererbten Vermögen, obwohl sie davon künftighin denen vorkommenden Creditoren Rechenschaft geben müssen, doch inmittelst und solange es nicht dolose in fraudem creditorum geschieht, pleno jure disponiren". Unger a. a. O. zu A. 10, Randa a. a. O. 112 fg.; Krainz a. a. O. A. 2. (Ueber das gemeine Recht: Hofmann a. a. O. S. 581 fg.)

[2]) Diese Frage ist in der Literatur des österr. Rechtes sehr bestritten. Die erstere Ansicht war die der Commentatoren, und sie wird insbes. von Unger in seinem Erbrecht § 42 A. 8 (dazu § 43 A. 5) vertreten und begründet. Die letztere Ansicht, früher auch von Unger Verl. Abhandl. S. 161 fg. vertreten, dem Dworzak in Haimerl österr. V. J. Sch. X. S. 66 und Harrasowsky Verl. Abh. S. 61 fg. beipflichten, wird insbes. von Randa Erwerb d. Erbsch. S. 107 fg. eingehend begründet. Demselben scheint auch Hofmann a. a. O. S. 582 A. 62 zu folgen; s. ferner Krainz II. § 515 A. 2. — Prüft man die für die eine wie für die andere Meinung geltend gemachten Gründe, so wird man gestehen müssen, dass sich aus dem Wortlaute der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (§§ 802, 812, 814, 815, 821 a. b. G. B., § 105 Verl. Pat. von 1854) ein absolut sicheres Resultat nicht gewinnen lasse, wie denn derselbe von beiden Parteien angerufen wird. Aber auch die sachlichen Gründe, welche für und wider in's Feld geführt werden, können kaum als durchschlagend betrachtet werden. Dass schon mit der Inventur eine Schätzung verbunden wird, verträgt sich auch mit der unpersönlichen Haftung, da die Erhebung des Werthes für den Fall der Veräusserung, Beschädigung oder Vernichtung von Erbschaftssachen durch den Erben sicher nicht zwecklos ist. — Dass bei der Einantwortung des Nachlasses nicht eine neuerliche Schätzung desselben stattfindet, ist wieder kein Beweis gegen die persönliche Haftung des Vorbehaltserben: allerdings nicht wegen der Bestimmung der §§ 97 fg. Verl. Pat., dass für die mit der Inventur zu verbindende Schätzung der Zeitpunkt des Todes des Erblassers massgebend sei, sondern deswegen, weil eine spätere Ergänzung bezw. Berichtigung jener Schätzung wohl nicht ausgeschlossen wäre; kommt eine solche doch auch aus anderen Gründen vor, z. B. §§ 163,

167 fg. des cit. Pat. (dazu Entscheidung des ob. G. H. v. 3. Dez. 1879, Samml. Nr. 7685). — Der Satz, dass es für die Berechnung eines Anspruches an den Nachlass auf den Stand des Erbvermögens zur Todeszeit des Erblassers ohne Rücksicht auf spätere Ab- und Zugänge ankomme, ist im österr. Rechte nicht ausnahmslos durchgeführt; vgl. § 786 a. b. G. B. (Unger VI. § 85 A. 3); überhaupt: vor der Einantwortung war den Erbschaftsgläubigern der Nachlass selbst verfangen (Unger eod. § 39 A. 9, § 40 A. 17, 18, § 43 A. 1, 4, 7; Randa a. a. O. S. 92 fg, und A. ***, S. 95, 125 fg. und A. **; Hasenöhrl Obl. R. I. S. 111 fg.), und derselbe konnte doch seit dem Tode des Erblassers eine Werthveränderung erfahren; sollte diese dem Erben gegenüber unberücksichtigt bleiben? — Dass bei unpersönlicher Haftung des Erben unter Umständen ein besonderes Liquidationsverfahren in der Executionsinstanz nothwendig werden kann, bei der persönlichen Haftung aber entfällt, ist auch kein zwingendes Argument. — Dass dem Grundgedanken des Erbrechts, als einer Verschmelzung der beiderseitigen Vermögensmassen, die persönliche Haftung des Vorbehaltserben mehr entspreche, hat für das römische Recht einen Kern von Wahrheit, nicht aber für das deutsche Recht (vgl. Hofmann a. a. O. S. 556 fg., 584; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 9 A. 36); aber dieses Prinzip ist auch dort durchbrochen bei der separatio bonorum; und sofern demselben nicht bloss die persönliche, sondern auch die unbeschränkte Haftung entsprechen würde, liegt eine Modification eben auch bei der Rechtswohlthat des Inventars vor. (Vgl. Ihering Abhandl. S. 153 A. 1; Unger Verl. Abh. S. 162, Erbr. § 42 A. 1; Randa a. a. O. S. 113 A. *.) — Der historische Standpunkt möchte allerdings Manchen zur Annahme unpersönlicher Haftung bestimmen, wenn für das römische Recht die herrschende Ansicht im Rechte ist (s. oben II. S. 116 A. 5). Das cit. Hofd. vom 9. April 1737 gibt uns über diese Frage keinen Aufschluss. Der Cod. Theres. II. c. 21 § 7 n. 101, 122, 123 (Harrasowsky II. S. 418 fg.) sagt allerdings, dass der Vorbehaltserbe ‚zu denen Erblasten nicht weiter verbindlich werde, als die in dem gerichtlichen Inventario beschriebene Mitteln der Verlassenschaft zu erschwingen vermögen', ‚als sich die Kräften der Erbschaft erstrecken', und dass er ‚für die ohne seiner Schuld aus der Verlassenschaft verlorne oder sonst durch Zufall zu Grund gegangene, oder schadhaft gewordene Sachen zu haften nicht schuldig — seie'. Vgl. ferner Horten's Entwurf II. c. 17 § 17 fg., c. 18 § 12 fg. (Harrasowsky IV. S. 264, 268); Martini's Entwurf II. c. 18 § 26 fg., III. c. 12 § 7 (Harrasowsky V. S. 152, 207). Die Berathungsprotokolle zum bürg. G. B. geben keinen Aufschluss (s. Ofner der Urentwurf II. Bd. S. 287, 288). — Was den praktischen Standpunkt betrifft, so würde allerdings die persönliche Haftung des Beneficiarerben hauptsächlich aus dem Grunde den Vorzug verdienen, weil in der österr. Gesetzgebung für die Sicherheit der Erbschaftsgläubiger ganz ungenügend gesorgt ist (vgl.

Unger Verl. Abh. S. 163 fg., Randa a. a. O. S. 113, 115, Hofmann a. a. O. S. 594). Der Vorbehaltserbe erlangt mit der Einantwortung die im Eigenthum enthaltene Dispositionsgewalt über die Nachlassgegenstände (s. das cit. Hfd. v. 1737), überdies concurrieren mit den Erbschaftsgläubigern auch die Gläubiger des Erben; denn die Rechtswohlthat des Inventars zu Gunsten des Erben schliesst nicht von selbst die der Güterabsonderung für die Erbschaftsgläubiger in sich (Unger VI. § 41 A. 3, § 42 A. 9, Randa a. a. O. S. 95 A. ***, S. 108 A. *; vgl. auch Hofmann a. a. O. S. 586 fg. über das Recht der Zukunft, S. 591 über die ältere Literatur, S. 594 A. 78 über die österr. Literatur). Wohl können die Erbschaftsgläubiger die letztere Wohlthat verlangen, aber auch nur vor der Einantwortung, wodurch die Geltendmachung derselben vielfach auf den Zufall gestellt ist (Unger Verl. Abh. S. 155 fg., Randa a. a. O. S. 96). Unger sagt allerdings (VI. § 42): „(Der Vorbehaltserbe) behält zwar an sich das freie Verfügungsrecht über jenes Sondergut, allein er hat dasselbe im Interesse der Erbschaftsgläubiger wie ein fremdes mit aller Sorgfalt zu verwalten und darüber Rechnung zu legen.“ Das würde zur Haftung cum viribus her. gewiss gut passen (Randa a. a. O. S. 112), auch wären damit die Interessen der Erbschaftsgläubiger — abgesehen von der Möglichkeit einer Concurrenz von Gläubigern des Erben, die aber durch die Güterabsonderung vermieden werden kann — jedenfalls besser gewahrt. Das Hofdecret von 1737 setzte wenigstens die Schranke, dass der Erbe nicht in fraudem creditorum über das Erbvermögen disponieren dürfe. In Bezug auf die Verwaltung des Nachlasses seitens des Vorbehaltserben enthält die österr. Gesetzgebung keine Bestimmungen (Randa a. a. O. S. 111, 113 fg., 120 — über das Justinianische Recht s. bes. Hofmann a. a. O. S. 581 fg. —); nur können nach dem sog. Anfechtungsgesetze vom 16. März 1884 §§ 14, 37 Rechtshandlungen des erklärten Erben, welche die von ihm vertretene (§ 810 a. b. G. B.), noch nicht eingeantwortete Verlassenschaft eines Schuldners betreffen, unter den Voraussetzungen jenes Gesetzes von den Gläubigern — innerhalb wie ausserhalb des Concurses — angefochten werden. (Vgl. Steinbach Commentar zu diesem Ges. S. 85 fg., 135, Menzel Anfechtungsrecht S. 98 fg., Krasnopolski Anf. R. S. 10. Für das röm. Recht vgl. Brinz 1. Aufl. II. S. 677.) Die Eröffnung des Concurses über das Nachlassvermögen als solches kann auch nur vor der Einantwortung desselben erwirkt werden. [In Betreff des Hofdecr. v. 27. März 1846 vgl. Unger VI. § 42 A. 16, Randa a. a. O. S. 118 A. **, dazu auch S. 115 A. *. Jetzt § 62 der Conc. Ord. v. 25. Dez. 1868 (§ 74 Verl. Pat.)]. Ueber das Verhältnis zur sog. Gläubiger-Convocation mit dem erschaftlichen Liquidationsverfahren, §§ 813 fg. a. b. G. B., vgl. einerseits Unger a. a. O. A. 17, 16, andrerseits Randa a. a. O. S. 118 fg. (In Betreff des gemeinen Rechts: Windscheid III. § 606 A. 11 i. f., Brinz 1. Aufl.

Demnach kann auch nicht gesagt werden, dass beim Erb-

II. S. 678, 2. Aufl. III. S. 211 A. 15.) — Bei einer Mehrheit von Erben findet nach österr. Rechte gegenüber den Erbschaftsgläubigern getheilte oder solidarische Haftung des Erben statt, jenachdem mit oder ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten wurde (§§ 820, 821 a. b. G. G., Unger VI. § 43 A. 5, Verl. Abh. S. 159 fg., Krainz II. §§ 480, 509, 304, Randa a. a. O. S. 126 fg., 140, Hasenöhrl österr. Obl. R. I. S. 111 fg.; — über das röm. Prinzip der Theilung der Erbschaftsschulden s. bes. Hofmann a. a. O. S. 161 fg.). Im ersteren Falle wird wieder die persönliche Haftung des Erben für die Erbschaftsgläubiger oft günstiger sein (vgl. Randa a. a. O. S. 127 A. **, Hofmann a. a. O. A. 14 i. f.) — In gewissen Fällen ist eine andere als die persönliche Haftung des Vorbehaltserben überhaupt nicht möglich: wenn die demselben eingeantworteten bezw. bei der Erbtheilung zugewiesenen Sachen nicht mehr in natura, wohl aber dem Werthe nach vorhanden sind (vgl. die §§ 4—8 der cit. const.); wenn er überhaupt mit Geld abgefunden wurde; wenn Erbschaftssachen vom Vorbehaltserben zur Benachtheiligung der Gläubiger zerstört oder verschlechtert wurden (vgl. § 10 der cit. const.); wenn er ohne Gläubigerconvocation den Nachlass zur Befriedigung Einzelner verwendet hat, den leer Ausgehenden gegenüber also nur persönliche Haftung denkbar ist. — Andrerseits ist auch nicht zu übersehen, dass der Vorbehaltserbe gerade bei persönlicher Haftung zu Schaden kommen kann, während die Tendenz, welche dem beneficium inventarii zu Grunde liegt, doch die ist, dass dem Erben aus seinem Antritte keinerlei Nachtheil erwachsen soll („— ut — nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant", c. 22 § 4 C. cit.; „— liceat et adire hereditatem et sine damno ab ea discedere", § 10 eod.; „neque lucrum neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate", § 13 eod.). Wie nun aber, wenn bei zufälligem Untergang von Erbschaftssachen der Erbe dennoch für den inventarisierten Werth des Nachlasses zu haften hätte? Dass ihm in einem anderen Falle das lucrum verblieben wäre, ist ihm für das damnum in diesem Falle wenig Trost. Bei unpersönlicher Haftung steht Wag und Gefahr auf Seiten der Gläubiger. — Alle diese einander widerstreitenden Gesichtspunkte haben ihren letzten Grund in der „Zwitterbildung" des ganzen Instituts (Brinz). Aufl. II. S. 677, bes. aber Hofmann a. a. O. S. 579 fg.), das eben aus der Justinianischen Gesetzgebung in unser Gesetzbuch übergegangen ist, abgesehen von dem Erfordernis des erbsch. Liquidationsverfahrens, über dessen Werth die Meinungen getheilt sind (vgl. einerseits Unger Verl. Abh. S. 165 fg., Erbr. a. a. O. A. 14, andrerseits Randa a. a. O. S. 119 fg.; Hofmann a. a. O. S. 592 A. 76).

antritte mit der Rechtswohlthat des Inventars die hereditas jacens über den Zeitpunkt der Einantwortung hinaus verlängert werde [1]).

Im Falle der sogenannten Vermögensabsonderung (Gütertrennung, § 812 a. b. G. B.) [2]) liesse sich schon eher von einer verlängerten hereditas jacens sprechen [3]). Diese Rechtswohlthat kann von den Erbschaftsgläubigern (Legataren, Notherben) überhaupt nur vor der Einantwortung des Nachlasses verlangt werden, bis zu diesem Zeitpunkte aber besteht ohnehin eine Art Gütertrennung [4]). Allerdings darf, wenn gegen die ältere Auffassung der separatio bonorum als einer nur factischen Trennung der beiderseitigen Vermögensmassen von neueren Schriftstellern angekämpft wird [5]), nicht übersehen werden, dass auch

---

Die österr. Spruchpraxis nimmt regelmässig persönliche Haftung des Verbehaltserben an; s. Randa a. a. O. S. 111 fg., v. Schey in s. Ausgabe des bürg. Ges. B. zu § 802 No. 1 (§ 760 No. 4, § 814 No. 7, § 815 No. 1).

De lege ferenda vgl. Randa a. a. O. S. 115 fg.; Hofmann a. a. O. S. 583 A. 62, S. 585 fg.; vgl. auch Mommsen Entwurf S. 302 fg.

[1]) Randa a. a. O. S. 104 A. ** i. f.

[2]) Unger Erbrecht § 41; Randa a. a. O. S. 90 fg., 94 fg.; Krainz (Pfaff) II. § 516. S. insbes. auch Hofmann a. a. O.

[3]) An dem Worte ‚jacens' darf man sich ja nicht stossen, s. oben II. S. 14 A. 1, 4 (vgl. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 250); das Gleiche gilt vom Worte ‚Verlassenschaft' (§§ 531 a. b. G. B.), s. oben II. S. 14 A. 3.

[4]) Vgl. dazu § 822 a. b. G. B. — Unger Verl. Abh. S. 150 fg. sagt: ‚(Die Erbschaftsgläubiger) verhindern dadurch die rechtliche Vereinigung der beiden Vermögensmassen, die in dieser Beziehung nicht erst getrennt werden, sondern vielmehr getrennt bleiben.. Das Absonderungsrecht selbst aber hat im österr. Recht insoferne eine zwitterhafte Stellung, als es die separatio bonorum nicht erst bewirkt, sondern nur die ohnehin vor der Einantwortung stattfindende Separation erhält . . .' Ferner Erbr. § 41: ‚In Folge dieser Rechtswohlthat — wird der schon während der Verlassenschaftsabhandlung bestehende Zustand aufrecht erhalten: die beiden Vermögensmassen bleiben factisch und rechtlich getrennt, so dass man es fortwährend gleichsam mit zwei Schuldnern und zwei verschiedenen Vermögen zu thun hat.' Aehnlich Randa a. a. O. S. 94, 102; Krainz a. a. O.

[5]) Unger Verl. Abh. S. 154, Erbr. a. a. O. A. 5; Randa a. a. O. S. 94 A. ***.

hier wieder die Streitfrage hereinspielt, ob der Erbschaftserwerb sich schon an die Erbeserklärung oder erst an die Einantwortung des Nachlasses knüpft [1]); denn je nach der Beantwortung dieser Frage hätten wir vom Zeitpunkte der Erbeserklärung angefangen entweder eine doch nur factische, oder eine auch rechtliche Gütertrennung [2]). Sofern aber auch bei der ersteren Ansicht unbestritten bleibt, dass die Wirkungen des Erbschaftserwerbes praktisch erst mit der Einantwortung hervortreten [3]), kann im Falle der erwirkten separatio bonorum immerhin von einem „Sondervermögen" gesprochen werden [4]). Denn dem Erben ist hier die Disposition über das Erbvermögen ganz entzogen [5]); dasselbe dient zur ausschliesslichen Befriedigung der Separatisten, also mit Ausschluss der Gläubiger des Erben [6]). Dafür verlieren

---

[1]) S. vorhin II. S. 118 A. 4.

[2]) Dass die Gütertrennung nur vor der Einantwortung verlangt werden kann, ist noch kein zwingender Beweis für die zweite Alternative (s. oben II. S. 119 A. 4.); im römischen Recht tritt die rechtliche Vereinigung zweifelsohne mit dem Erbschaftsantritte ein, gleichwohl ist die separatio bonorum möglich, solange die factische Vereinigung nicht stattgefunden hat. Allerdings ist nach österreichischem Rechte der Nachlass vor der Einantwortung den Erbschaftsgläubigern rechtlich verfangen (s. vorhin II. S. 123 A. 2).

[3]) Oben II. S. 120 A. 1.

[4]) Jedenfalls mit mehr Recht als im Falle des beneficium inventarii (vgl. Randa a. a. O. S. 112 A. ***). Der § 812 a. b. G. B. stellt die ‚Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben' als das Gegentheil der ‚Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben' hin. — Vgl. oben II. S. 98 A. 8.

[5]) § 812 a. b. G. B., § 44, § 92 Verl. Pat.; Unger a. a. O. zu A. 6, Krainz a. a. O. bei A. 3.

[6]) Unger a. a. O. zu A. 7, Randa a. a. O. S. 103 (zu A. † aber s. Hofmann a. a. O. S. 570 A. 31). Die Gläubiger des Erben haben nach österr. Rechte kein Separationsrecht (Unger a. a. O. A. 1, Stubenrauch Comm. zu § 812 No. 12); ein solches beantragt Randa a. a. O. S. 51, 52 für den Fall vorbehaltslosen Antrittes einer insolventen Erbschaft. Etwas anderes ist die Anfechtbarkeit eines solchen Antrittes, wenn er in fraudem creditorum geschah (l. 1 § 5 de separ. 42, 6; vgl. Unger a. a. O. A. 1, Hofmann a. a. O. S. 573 fg.), — eine Frage, die nach den Bestimmungen des sog. Anfechtungsgesetzes zu beantworten käme. Ueber den entgegengesetzten Fall der Ausschlagung einer

aber auch die Erbschaftsgläubiger jeden Anspruch auf Befriedigung aus dem eigenen Vermögen des Erben, möchte auch dieser ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben [1]). Ein allfälliger Ueberschuss vom Erbvermögen verbleibt dem Erben [2]). Aus letzterem Grunde können auch die Gläubiger des Erben eine Sicherstellung auf den Nachlass erwirken, aber nur unbeschadet der bei der Verlassenschaftsabhandlung vorkommenden Ansprüche der Erbschaftsinteressenten und wirksam erst von der Zeit der Einantwortung des Nachlasses [3]).

Sofern also durch die von den Erbschaftsgläubigern i. w. S. erwirkte Gütertrennung die bisherige durch das Institut der Verlassenschaftsabhandlung bedingte Absonderung des Nachlasses, welche mit der Einantwortung ihr Ende finden würde, verlängert wird [4]), lässt sich insolange allerdings nicht ohne alle Berechtigung auch von einer hereditas jacens sprechen [5]). Wenn dann freilich nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger vom Nachlasse nichts mehr übrig bliebe [6]), hätte diese hereditas ihr natürliches Ende und wäre für eine Einantwortung, die noch nicht erfolgt ist [7]), kein Substrat vorhanden, mag der Erbe seinerzeit bedingt oder unbedingt angetreten haben [8]).

Erbschaft zum Nachtheile der Gläubiger s. oben I. S. 387, 388 mit Lit. Cit.; dazu vgl. in legislativer Beziehung Randa a. a. O. S. 141 fg.

[1]) § 812 a. b. G. B., Unger a. a. O. A. 8; Hofmann a. a. O. S. 574.

[2]) Unger a. a. O. A. 7, Hofmann a. a. O. S. 576.

[3]) § 822 a. b. G. B.; Unger VI. § 40 zu A. 19, Randa a. a. O. S. 94, Krainz II. § 533 (480). Oben II. S. 127 A. 4.

[4]) Dass hier die Willkür und der Zufall eine Rolle spielen können, tadelt Randa a. a. O. S. 95 fg. mit Recht.

[5]) So ausdrücklich Randa a. a. O. S. 94.

[6]) Interessant der Vergleich zwischen den Fällen des Concurses über den Nachlass, des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens, der Vermögensabsonderung, der Einantwortung jure crediti (§ 73 Verl. Pat., Krainz II. § 514 A. 3, I. § 59 A. 18, § 206 A. 10). Vgl. oben I. S. 137, II. S. 28, 125.

[7]) Randa a. a. O. S. 94 fg. lässt durch das Mittel der Gütertrennung die Einantwortung des Nachlasses verschoben werden; Krainz a. a. O. S. 572 bezeichnet als Wirkung der Gütersonderung, dass das Nachlassvermögen auch noch nach der Einantwortung von dem Ver-

mögen des Erben gesondert bleibt. Er citiert die Entsch. des oberst. Ger.-Hofes vom 11. Juni 1862 (Samml. IV. No. 1531); aber in dem betreffenden Falle hätte die Einantwortung überhaupt noch nicht erfolgen sollen.

[8]) Ueber die Frage, ob das sog. beneficium separationis heutzutage noch als Ausfluss blosser Billigkeit („aequissimum", l. 1 pr. de separ. 42, 6), oder als Consequenz des Rechtes zu betrachten sei, vgl. einerseits Unger Verl.-Abh. S. 154 No. 9, 14, Erbr. § 41 A. 2, Randa a. a. O. S. 95 A. (S. 105), andrerseits Hofmann a. a. O. S. 567 fg. — Ueber die Frage, wie sich künftig die Vermögensseparation zur Rechtswohlthat des Inventars stellen soll, s. Hofmann a. a. O. S. 585 fg.: mit der Separation soll sich von selbst das benef. invent. verbinden, ebenso umgekehrt, und für beide Institute soll nur mehr Ein Name, der der Separation gebraucht werden. — Vgl. d. bürg. Gesetzb. f. d. deutsche Reich §§ 1970 fg., 1975 fg., 1993 fg.; dazu §§ 2058 fg.

II. Capitel.

Rechtlicher Zustand der Erbschaft nach dem Antritte des Erben.

§ 48. Vorbemerkung.

Mit dem Erbschaftsantritte (bezw. nach österreichischem Rechte praktisch mit der gerichtlichen Einantwortung des Nachlasses) wird der Delat Subject aller in der Erbschaft enthaltenen, sei es vom Erblasser überkommenen, sei es während der Jacenz neubegründeten oder modificierten Rechtsverhältnisse. Die Erbschaft als solche (universitas) hat ihr Ende gefunden, sie führt nicht neben oder in dem Vermögen des Erben eine besondere Existenz weiter [1]; die einzelnen zu ihr gehörigen Rechtsverhältnisse verbinden sich mit den bisherigen Rechtsverhältnissen des Erben zu einem einzigen Vermögen (Confusion, „Vereinigung"), soweit nicht durch besondere Rechtsmittel eine Hemmung dieser Verbindung, sei es zu Gunsten des Erben (beneficium inventarii), sei es zu Gunsten von Erbschaftsinteressenten (separatio bonorum) bewirkt wird [2].

Eine Frage aber war von jeher Gegenstand prinzipiellen Streites: ob dem Antritte der Erbschaft rückwirkende Kraft zukomme oder nicht? Dass das Rückwirkungsprinzip in

---

[1] Literatur: oben I. S. 31 A. 5, S. 32 A. 1, S. 44 A. 1 fg., S. 38 A. 4; II. S. 114 A. 2.

[2] Vorhin II. S. 115 fg., S. 122 fg.

voller Klarheit, ohne Widerspruch, in verschiedenen Wendungen — bezogen auf die Erbschaft, auf die erbschaftlichen Rechte, auf die Succession — von verschiedenen römischen Juristen verschiedener Zeiten gelehrt wurde [1]), und dass diese Aussprüche von den Compilatoren ohne Bedenken in die Justinianische Gesetzessammlung aufgenommen wurden, ist eine Thatsache, über welche keine Deutelei hinweghilft. Welche Schwierigkeiten die Vereinigung dieser Maxime mit der Personification der Erbschaft der Wissenschaft von jeher bereitet hat, wurde oben eingehend dargestellt [2]). Dass wenigstens diese begrifflichen Schwierigkeiten bei der im Vorstehenden vertretenen Theorie nicht bestehen, dürfte wohl zugegeben werden: einmal ist der Satz von der Rückwirkung an sich nicht bloss mit unserer Auffassung des juristischen Wesens der Erbesdelation und Acquisition vereinbar, er erscheint sogar als eine Consequenz, und damit als eine Bestätigung derselben [3]), während bei jeder anderen Auffassung die Frage ungelöst bleibt, wie denn einem einseitigen Erwerbsacte rückwirkende Kraft zukommen soll; und was dann das Verhältnis dieses Satzes zu den übrigen die hereditas jacens betreffenden Sätzen angeht, besteht ebenfalls kein Widerspruch, sofern die letzteren Sätze sich mit unserer Auffassung der rechtlichen Natur des Nachlassvermögens vor dem Antritte desselben sehr wohl vereinigen lassen [4]).

Wenn dennoch der Satz von der Retrotractivkraft in der neueren Literatur überwiegend eine geringschätzige Behandlung erfährt [5]), so ist wenigstens die Personificationsformel der Quellen

---

[1]) Oben I. S. 2. 10, 63.

[2]) S. oben I. S. 65 fg., 91 fg., 102 fg., II. S. 4 fg. Zu dem Satze von der Personeneinheit zwischen Erben und Erblasser s. jetzt auch Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 225 fg.

[3]) Oben I. S. 448, 452. II. S. 87 fg.

[4]) Oben II. S. 88 fg.

[5]) Oben I. S. 65. 82 fg., S. 95 fg., 293. II. S. 42 fg. Dazu vgl. Ferrini a. a. O. S. 390; ferner Dusi a. a. O.; derselbe anerkennt die ‚retroattività dell' adizione', nur dürfe der Erbe nicht schon vor seinem Antritte als Subject des Nachlasses behandelt werden (S. 5, 32, 80, 92).

dafür keine genügende Grundlage, wie gezeigt wurde [1]). Aber auch anderen nur allgemeinen Gründen kann kein allzugrosses Gewicht beigelegt werden [2]); so wenn die Lehre von der Rückwirkung überhaupt auf eine ungenügende Erfassung des Rechtsbegriffes zurückgeführt wird [3]); so wenn es als ungehörig erklärt wird, erst aus der Zukunft zu bestimmen, ob der Erblasser einen Successor gefunden habe oder nicht [4]). Es gibt aber allerdings, wie schon oben wiederholt hervorgehoben wurde, auch Gründe positiver Natur, auf welche die Opposition gegen die Rückwirkung sich stützt, und zwar, wie es scheint, mit mehr Berechtigung. Dieselben zu prüfen ist unsere Aufgabe. Dabei handelt es sich um zwei Hauptfragen: Von welchem Zeitpunkte angefangen ist der Erbe als Eigenthümer der Erbschaftssachen, — überhaupt als Subject der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten zu betrachten? Kommt dem Erbschaftsantritte auch eine alterierende Kraft zu, in dem Sinne, dass Rechtsacte der Zwischenzeit hinterher aus der Person des Erben convalescieren bezw. evanescieren können?

---

[1]) Oben II. S. 64 fg.; S. 90 fg.

[2]) Es möge hier die Bemerkung gestattet sein, dass dem Satze von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes in der Literatur nicht überall dort, wo er es verdiente, eine Berücksichtigung zu Theil wird. Er schlägt in verschiedene Lehren ein: in die von der Rückwirkung überhaupt, von der Genehmigung, vom Rechtsgeschäft, von der Pendenz, von der conditio juris, vom gebundenen Vermögen, schliesslich vom subjectiven Recht, von der Succession. Dass in den Schriften, welche von der Rückwirkung rechtlicher Thatsachen ex professo handeln, der Fall des Erbschaftserwerbes nicht in Frage gezogen wird, dürfte weniger zu rechtfertigen sein; dass aber in erbrechtlichen Schriften die Frage nach der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes gewöhnlich nicht mit der Rückwirkungslehre überhaupt in engere Beziehung gebracht wird — Oehler's Abhandlung macht eine Ausnahme (oben II. S. 43 A. 2) —, findet wohl darin eine Begründung, dass es sich hier vor allem um die Constatierung der Rückwirkungsthatsache handelt. (S. oben I. S. 5.)

[3]) S. oben I. S. 104 A. 5.

[4]) Darauf haben schon die Römer geantwortet: „nec est novum, ut ex post facto aliquis successorem habuisse videatur", l. 9 de castr. pec. (49, 17). Diese Worte betreffen den Fall des peculium castrense eines

Ehevor wir an die Beantwortung dieser Fragen schreiten, sei noch die Frage aufgeworfen, von welchem Zeitpunkte angefangen, bezw. bis zu welchem Zeitpunkte die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes, vorausgesetzt, dass eine solche besteht, laufen muss?

Was den Beginn der Rückwirkung betrifft, so ist derselbe nach römischem Rechte natürlich an den Erbschaftsantritt geknüpft, durch welchen allein die Erbschaft erworben wird. Für das österreichische Recht, welches zwar nicht den Satz von der Rückwirkung, wohl aber den von der Personeneinheit ausspricht, daher einzelne Schriftsteller auch jenen Satz, alle aber das Prinzip der Unmittelbarkeit der Erbfolge vertreten [1]) — müssen diejenigen, welche den Erbschaftserwerb nicht bloss factisch, sondern auch rechtlich an die gerichtliche Einantwortung knüpfen [2]), die Rückwirkung von diesem Zeitpunkte an datieren, denn bis zu demselben bestand nach dieser Ansicht hereditas jacens [3]). Dabei frägt man freilich unwillkürlich, wie so der Einantwortung = „Uebergabe in den rechtlichen Besitz" rückwirkende Kraft zukommen soll? Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht können die Rückwirkung nur der Erbeserklärung beilegen; denn das weitere Stadium bis zur Einantwortung ist hiernach nur ein Stadium der Verwaltung des Nachlasses für den Erben — auch dann, wenn sie ihm selbst überlassen wurde [4]).

Als Endpunkt der Rückwirkung wäre in allen Fällen [5])

Haussohnes; dazu s. auch eod. den Fall des peculium des Haussohnes eines captivus. (Fitting castr. pec. S. 252 fg.) S. auch Gaius III. 84.

[1]) S. oben I. S. 2, 90.

[2]) S. vorhin II. S. 118 fg.

[3]) So Krainz II. 2. Aufl. S. 481, S. 563 (oben I. S. 92, 348, 437).

[4]) Der Fall des § 823 a. b. G. B. (vgl. § 278 i. f. eod.) findet nur von letzterem Standpunkt eine befriedigende Lösung. (I. S. 434 A. 1, S. 436, II. S. 119, 120, 122.)

[5]) Nur bei der successiven Erbfolge, sofern nach dem Wegfall des Vorerben eine hereditas jacens besteht (II. S. 121 u. A. 4), könnte der Eintritt des Nacherben natürlich nur auf den Zeitpunkt des Wegfalles des Vorerben zurückbezogen werden. Der Nacherbe schliesst sich aber auch nicht unmittelbar an den Testator an. (Oben I. S. 314, 329.)

der Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu betrachten [1]), auch dann, wenn der Erbanfall für eine bestimmte Person erst nach dem Tode des Erblassers eintreten würde [2]), und zwar ebenso nach österreichischem wie nach römischem Rechte.

---

[1]) Nicht allgemein der Zeitpunkt der Delation (vgl. Krainz an den oben Anmerkung 3 cit. Stellen).

[2]) Hierüber oben I. S. 336 (II. S. 17 A. 2, 4 i. f.). Zu der daselbst (S. 338 A. 2) in Kürze besprochenen Theorie Strohal's (Transmission p. c.) sei hier nachgetragen, dass dieselbe in Betreff der Delation an einen Nachberufenen auch von Krainz vertreten wird. Der Umstand, dass zwei tiefe Denker unabhängig von einander und auf verschiedenen Wegen zu demselben Resultate gelangen, verleiht dieser Theorie ein besonderes Gewicht. Aber die Zweifel, denen wir a. a. O. Ausdruck gegeben, wollen gegenüber der Begründung durch Krainz noch weniger schwinden. Was nämlich den Fall der gemeinen Substitution betrifft, so erblickt er (II. § 503) darin zwar eine bedingte Berufung; gleichwohl (s. eod. § 502) soll beim Ausfalle des Instituten die Delation an den Substituten schon mit dem Tode des Erblassers erfolgt sein, nicht bloss dann, wenn der Institut nicht Erbe werden kann, sondern auch dann, wenn er nicht Erbe werden will. Aber die Begründung, dass der ausschlagende Institut schon gleich von Anbeginn als nicht wollend anzusehen sei, will nicht einleuchten; die Berufung ferner auf die Analogie des Falles der Ablehnung eines näheren Intestaterben klingt wie eine petitio principii; das Bedenken endlich, dass sonst die Früchte der Zwischenzeit Niemandem zukommen würden, sollte sich durch die gerade von Krainz angenommene Rückwirkung des Erbantrittes erledigen. Krainz (II. § 510) nimmt zwar bei jeder Erbesentschlagung die ‚Entstehung einer neuen Delation zu Gunsten des Nächstberufenen' an, meint aber dennoch, ‚die Erbschaft ist nun anzusehen, als sei sie dem Nächstberufenen — angefallen'. Nach unseren obigen Ausführungen (I. S. 337 fg.) kann das nicht von der concreten Delation, sondern nur von der Eröffnung der Erbfolge gesagt werden, und nur in diesem Sinne sind ähnlich sich ausdrückende Stellen (z. B. § 5 J. de B. P. 3, 10, Ulp. frg. XXVI. 5, c. 7 § 9 C. de cur. fur. 5, 70) zu verstehen, welche den Gegensatz zum Prinzip ‚in legitimis hereditatibus successio non est' verkünden wollen. (Ueber ‚success. Delation' vgl. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 693.) — Wenn Krainz so (§ 503) das Recht des Substituten bei Ausfall des Instituten schon vom Tode des Erblassers angefangen für transmissibel erklärt, gibt er aber dem Transmissar des Instituten den Vorzug vor dem Substituten — entgegen der herrschenden Lehre (s. oben I. S. 304 in der Anm.) —; und aus demselben Grunde schreibt er auch der gegenseitigen Substituierung von Accrescenzerben ohne Bestimmung der Substitutionspor-

tionen keine spezielle Wirkung zu (vgl. aber Unger VI. § 19 A. 11, Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 227). Aber die dafür angegebenen Gründe vermögen gegenüber der Bestimmung des § 809 a. b. G. B. nicht aufzukommen: Krainz meint, die Bedingung der Substitution sei hier bereits vereitelt, weil nach § 604 a. b. G. B. („Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe") der Institut bereits Erbe sei (? § 615 Abs. 1); ferner weil nach §§ 536, 537 schon der Anfall der Erbschaft als Erwerb bezeichnet wird (? s. oben I. S. 365 A. 3 i. f., S. 368 A. 4 i. f., S. 388 A. 5, II. S. 113 A. 2; vgl. Krainz selbst II. § 509, § 480 von A. 17a angefangen); endlich weil auch die Accrescenz (§ 560 a. b. G. B.) durch die Transmission ausgeschlossen werde. Dieser letzte Grund wäre an sich plausibel, umsomehr als die Anwachsung selbst ohne neue Delation erfolgt (Krainz § 510 A. 2a, § 495 A. 7a); überdies sind, wie bei der Anwachsung (§ 560 a. b. G. B., ebenso beim Wechsel des Delationsgrundes, § 726 eod.), auch bei der Substitution (§ 605 eod.) die beiden Fälle, dass der Vorberufene nicht Erbe werden kann oder will, für den Eintritt des Nachberufenen gleichgestellt; wenn dennoch im ersteren Falle einmal — Tod des Vorberufenen nach dem Erblasser (§§ 537, 809) — der Nachberufene bei der Accrescenz (und beim Wechsel des Delationsgrundes) durch den Transmissar ausgeschlossen wird, warum nicht so auch bei der Substitution? Aber § 809 a. b. G. B. bestimmt nun einmal das Gegentheil — zufolge vermutheten Willens des Erblassers —; und dass dieser Paragraph, wie Krainz meint, vom Falle einer fideicommissarischen Substitution zu verstehen sei, ist sicher unrichtig; dabei käme gerade nach Krainz folgendes Resultat heraus: allerdings geht der fideicommissarische Substitut als solcher dem Erben des Instituten voraus (s. oben I. S. 316 A. 1); wenn aber der Institut nicht Erbe wird, kann ja der fideicommissarische Substitut nur als gesetzlicher Vulgarsubstitut erben (§ 608 a. b. G. B., s. oben I. S. 321), dieser aber soll nach Krainz durch den Transmissar des Instituten ausgeschlossen werden: also könnte die Ausnahme des § 809 a. b. G. B. zu Gunsten der „Nacherben" überhaupt nie praktisch werden. — Mit dem Gesagten wollte nicht auch über die legislative Seite der Frage ein Urtheil abgegeben werden. (Was aber die von Krainz (l. c. § 503) angeführten Beispiele betrifft, so war im ersten ja die Substitution auf die „kinderlose Lösung der Ehe durch den Tod" gestellt, im Augenblicke des Todes aber ein Sohn vorhanden, nur noch nicht ein Erbe, also die Bedingung der Substitution vereitelt. Im zweiten Beispiel von der letztwilligen Substitution eines entfernteren Intestaterben wäre es bei wirklicher Intestaterbfolge ja auch nicht anders.) — Das bürg. Ges.-B. f. d. deutsche Reich, welches an den „Erbfall" (§ 1922] ipso jure die Erbfolge knüpft („Anfall der Erbschaft" § 1942), bestimmt in § 1953: „Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt."

§ 49. I. Von welchem Zeitpunkte ist das Eigenthum des Erben an den Nachlasssachen zu datieren?

a) In Betreff der Substanz der Sachen.

Gegen die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes wird insbesondere geltend gemacht, dass ihr zufolge der Erbe hinterher als Subject der hereditas jacens zu betrachten wäre, dass ihm also namentlich das Eigenthum an den zum Nachlasse gehörigen Sachen bereits vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers zugeschrieben werden müsste; dass aber solcher Annahme klare Quellenzeugnisse im Wege stehen, welche dahin lauten, dass das Eigenthum des Erben vom Tage des Erbantrittes beginne [1]), und

---

[1]) Wenn nach österr. Rechte zum Erbschaftserwerbe ausser der Erbeserklärung auch die gerichtliche Einantwortung als constitutives Moment zu betrachten wäre, müsste natürlich gesagt werden, das Eigenthum des Erben beginne erst mit der Einantwortung. Aber deswegen wäre die Rückwirkungsfrage nicht gegenstandslos, es wäre nur der Kreis der Thatsachen erweitert, an welche sich die Rückwirkung zu knüpfen hätte (s. oben II. S. 134). Sofern aber bei unbeweglichen Gütern auch noch die bücherliche Eintragung als Erwerbsart wesentlich wäre (§§ [424, 425] 436, 819 a. b. G. B., § 177 Verl. Pat. vom 9. Aug. 1854 [für Tirol und Vorarlberg: s. bei Lecher Verfachbuch S. 98 fg. Beilagen XV, XVI, XXXII]), möchte allerdings für die Rückwirkung des Eigenthumserwerbes eine Schwierigkeit in den Bestimmungen über die Priorität bücherlicher Rechte (§ 29 a. Gbg., §§ 440, 438 a. b. G. B.) erblickt werden. Dieselbe liesse sich vielleicht zur Noth beheben durch den Hinweis auf den Satz von der Personeneinheit nach § 547 a. b. G. B.; Krainz II. § 511 A. 6 meint sogar, die Anlehnung der Erbschaft an den Erblasser in diesem Paragraph habe vielleicht schon darin ihren Grund, dass unbewegliche Güter so lange als Eigenthum des Erblassers angesehen werden müssen, bis der Erbe umgeschrieben wird. Wir wollen das dahin gestellt sein lassen; sofern aber immerhin diese Umschreibung auf den Erben stattzufinden hat, ist sie gewiss als eine unmittelbare nach dem Erblasser gedacht; ist doch nach § 23 des Grundb.-Ges. dann, wenn ein zu einer Verlassenschaft gehöriges Gut oder bücherliches Recht veräussert wird, „dem Erwerber die Eintragung seines Rechtes unmittelbar nach

dass vorher die Erbschaft selbst Eigenthümerin war. Eben deshalb wird von Vielen entweder die rückwirkende Kraft des Erbantrittes überhaupt negiert und den bezüglichen Quellenaussprüchen eine andere Deutung gegeben, oder es wird in den letzteren zwar der Ausdruck der begrifflich nothwendigen Unmittelbarkeit der Succession gefunden, diese Unmittelbarkeit aber so bestimmt, dass jene Aussprüche jeder actuellen Bedeutung entkleidet erscheinen [1]).

---

dem Erblasser zu bewilligen‹. (Randa Eigenth.-Recht I. (2. Aufl.) § 16 S. 384; Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 493 A. 36.) Jene Schwierigkeit aber entfällt gänzlich, wenn man der Ansicht beipflichtet, dass die bücherliche Umschreibung auf den Erben nicht die Bedeutung der rechtserzeugenden Thatsache hat. S. oben I. S. 434 fg. A. 3 i. f.; von den das. cit. Schriftstellern sind für die vorliegende Frage namhaft zu machen: Unger I. § 61 S. 519, II. § 74 A. 24, VI. § 40 A. 6, 20, Verl. Abh. S. 156 fg.; Randa Erw. d. Erbsch. S. 91 fg., Besitz § 15 A. 4, Eigenth. R. I. § 16, § 17 No. 8; Krainz I. § 206 A. 10, § 222 A. 7, II. § 480 S. 480, § 509 S. 560, § 511; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 42; Strohal Eigenth.-Erw. an Immob. § 8 S. 95 fg. und A. 1 fg.; Schiffner syst. Lehrb. I. § 108 S. 83; Burckhard Syst. III. S. 393 fg. (384 fg.); Geller österr. Centr.-Bl. I. S. 525 fg.; Stubenrauch Comm. zu § 436 a. b. G. B. — Es herrscht hiernach keine Einigkeit, ob sich der Eigenthumserwerb des Erben an den Immobilien des Nachlasses an den Erbschaftsantritt, oder an die gerichtliche Einantwortung, oder an die bücherliche Eintragung knüpfe; die zwei letzteren Möglichkeiten variieren manchmal bei demselben Schriftsteller.

[1]) Vgl. z. B. Arndt's Pand. § 521 A. 1; Rudorff zu Puchta's Pand. Vorl. § 450 A. 7; Windscheid krit. Ueberschau I. S. 205, Pand. III. § 531 A. 4; Scheurl Beitr. I. S. 87 fg. (4, 50); Ihering Abh. S. 212 fg.; Köppen de vi quam retro exerc. S. 14 fg., 19 fg.; Erbsch. S. 100, Jahrb. f. Dogm. V. S. 183, dagegen success. Entstehung S. 44 A. 96 fg., S, 67 fg.; Schirmer comment. de trib. reg. jur., Handbuch S. 70 A. 12; Schnitzler a. a. O. S. 77—79; Oehler a. a. O. S. 18 fg., 16 fg., 41 fg.; Markusen a. a. O. S. 104 fg. Vgl. Unger VI. § 6 A. 4, Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 34 fg. — In der cit. Schrift Köppen's »de vi quam retro exerc.‹ ist die vorliegende Frage am eingehendsten behandelt. Obwohl er hier in Betreff des Wesens der hered. jac. selbst zum Theile noch auf demselben Standpunkte steht wie in seiner Schrift »de natura her. nond. aditae‹ (s. oben I. S. 30 A. 1, S. 32 A. 1, S. 44 A 2) — Uebergang der »persona familiaris‹ des Erblassers auf den Erben, Selbständigkeit derselben als »persona sui juris‹ bis zum Antritte —,

Ausser Zweifel steht vor allem, dass, wenn überhaupt von Rückwirkung gesprochen werden soll, dieselbe sich nicht bloss auf das Erbrecht im Ganzen bezw. die Erbschaft — welche als solche ohnehin mit dem Eintritte des Erben ein Ende hat —, sondern gerade auch auf die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten derselben beziehen muss; dass also die bekannte Unterscheidung zwischen Wirkung des Erbrechtserwerbes und Wirkungen anderer Erwerbungen [1]) nicht haltbar ist, auch die Quellen nicht für sich hat, welche die Rückbeziehung einmal ausdrücklich auf „omnia fere jura heredum“ beziehen [2]). Abgesehen von diesem allgemeinen Ausspruche des Juristen Celsus lässt sich die bekannte Stelle von Gaius heranziehen, nach welcher einzelne römische Juristen zur Begründung der Giltigkeit einer auf den künftigen Erben abgeschlossenen Stipulation sich auf die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes beriefen [3]), diese also gerade auf das Eigenthum an einem Erbschaftsbestandtheil (Sklaven) bezogen. Auf diese Stelle beruft sich denn auch Ihering für seine Theorie, dass die ältere römische Jurisprudenz von der Rückwirkungsfiction beherrscht war, also dem Erben rückwärts das Eigenthum der Erbschaftssachen beigelegt habe, während für das neuere Recht das Gegentheil klar bezeugt sei; allerdings aber habe schon damals Proculus widersprochen, und Neratius

---

hat ihm der Satz von der Rückwirkung schon hier (s. oben I. S. 86 A. 1) nur die Bedeutung, dass der Erbe nur de jure (wegen Aufnahme der Persönlichkeit des Erblassers), nicht auch de facto et tempore bis zum Tode des Erblassers zurück succediere. ‚Si prudentes vero eam quae appellatur fictionem retrotractivam in hereditatis aditione adhibuissent, iis heres necessario hereditate jacente dominus rerum ad hereditatem pertinentium — habendus fuisset —.‘ Das Gegentheil aber lasse sich aus den Quellen erweisen (S. 18).

[1]) S. oben I. S. 71 fg.

[2]) L. 193 de R. J.; s. oben I. S. 64 A. 1, S. 72; S. 94 A. 1. Dass Rechte, die erst während der her. jac. entstanden sind, durch Rückwirkung des Antrittes nicht als zur Zeit des Todes des Erblassers entstanden, vielmehr nur als für den nachherigen Erben entstanden zu behandeln wären, versteht sich von selbst. Vgl. Scheurl Beitr. I. S. 53 einerseits, aber S. 60 andrerseits.

[3]) L. 28 § 4 de stip. serv. (45, 3).

(l. 64 de furt. 47, 2) lasse die legierte Sache direct vom Testator in's Eigenthum des Legatars übergehen, während sie nach der Rückwirkungsfiction während der her. jac. Eigenthum des Erben gewesen wäre; doch das seien nur Inconsequenzen der älteren Zeit[1]).

Wie oben ausgeführt wurde, ergibt sich auch aus der Stelle von Gaius nicht, dass die ältere Zeit von einem anderen Prinzip beherrscht war als die neuere Zeit, sondern höchstens ein Schulenstreit, u. z. auch nicht über das Rückwirkungsprinzip an sich, sondern nur über dessen Verwendbarkeit vor dem Erbschaftsantritte[2]). Was aber den Schulenstreit der Sabinianer und Proculianer über das Eigenthum der per vindicationem legierten Sache nach dem Erbschaftsantritte bis zur Erklärung des Legatars betrifft[3]), so hat derselbe mit der Eigenthumsfrage vor dem Erbschaftsantritte nichts zu thun[4]); denn wenn für diese Zeit Proculus den Delaten als extraneus erklärt, behandelt Cassius denselben als Eigenthümer doch nur auf Grund der Rückwirkung seines späteren Antrittes. Bei einer per vindicationem legierten Sache war aber auch das nicht möglich: dafür nämlich, dass der Erbe auch rückwärts als Eigenthümer einer Erbschaftssache gelte, ist die begriffliche Voraussetzung, dass er durch seinen Antritt diese Sache erworben hat; das trifft aber bei der per vindicationem legierten Sache nicht zu, wenn der Legatar nicht repu-

---

[1]) Abhandl. S. 183 fg. (179 fg.), 211 fg.

[2]) Oben I. S. 168 fg., bes. 174 fg.; S. 278 fg.; II. S. 51 fg., 69 fg., 82 fg.

[3]) Gaius II. 195, 200.

[4]) Die Sabinianer lassen ja mit dem Erbantritte die legierte Sache ipso jure an den Legatar fallen; vorher betrachten sie sonst den Erben als Eigenthümer vermöge der Rückwirkung, aber beim Vindicationslegat ist das ebenfalls ausgeschlossen (s. im Texte); die Proculianer erklären die legierte Sache vom Antritte des Erben bis zur Annahme des Legatars als ‚interim nullius', vor dem Antritte ist ihnen der Erbe noch ‚extraneus', wie überhaupt die Erbschaftssachen als res nullius oder als Eigenthum der Erbschaft bezeichnet werden. Ihering a. a. O. S. 183 A. 1 sagt: ‚Die Proculejaner hielten bei einer unter einer Bedingung vermachten Sache den Erben nicht einmal nach Antretung der Erbschaft für den Eigenthümer, Gai. II. § 200, geschweige denn vorher.' Vgl. auch Ferrini a. a. O. S. 389 A. 1.

diiert bezw. wenn er agnosciert; hier kann also der Erbe, weil nicht für die Zukunft, auch nicht für die Vergangenheit als Eigenthümer betrachtet werden. Eine andere Meinung konnten hier auch die Sabinianer nicht haben, sie würde auch der Natur des Vindicationslegates widerstreiten, welches als eine Ausscheidung einer Sache von der Erbschaft sich darstellt [1]). — Abgesehen aber vom Vindicationslegate, stünde der Rückwirkung des Eigenthumserwerbes seitens des Erben ein Hindernis nicht im Wege. Wie verhalten sich nun dazu die Quellenaussprüche, welche dem Erben das Eigenthum an den erbschaftlichen Sachen erst vom Tage des Antrittes zuschreiben und vorher die Erbschaft selbst als Eigenthümerin erklären?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es unvermeidlich, das bezügliche Quellenmaterial genau in's Auge zu fassen; denn in der Literatur werden da manchmal auch Stellen herangezogen, welche wenigstens nicht unmittelbar diese Frage betreffen [2]). Nach Ausscheidung solcher Stellen lassen sich die übrigen in folgende vier Gruppen bringen:

1. Stellen, welche sagen, die Erbschaft selbst sei Eigenthümerin, gelte als solche [3]).

Auch wenn wir ganz absehen von den Stellen, in welchen die Erbschaftssachen als res nullius, sine domino bezeichnet werden [4]), bleibt doch auch jener Personificationsformel gegenüber,

---

[1]) „Delibatio", l. 116 pr. de leg. I., „Erogatio", Gai. II. 231 (s. oben II. S. 25 A. 2). Daher die Aeusserungen vom directen Uebergang auf den Legatar: l. 64 cit. (47, 2), l. 80 de leg. II. Vgl. auch Arndt's in Glück 46 S. 17, 120; Ferrini a. a. O. S. 283.

[2]) Vgl. z. B. Arndt's Pand. § 521 B. 1. Derselbe hält sich an Köppen „de vi quam retro exerc."; von den daselbst für die Rückwirkungsfrage überhaupt erörterten Stellen kommen für unsere Frage wesentlich in Betracht die Stellen sub A, aber auch nur vorzüglich die sub A lit. a) citierten (S. 19 fg.), weniger die sub A lit. b) behandelten (S. 27 fg.); von den letzteren und allen übrigen für die Rückwirkungsfrage benützten Stellen (eod. S. 36 fg., 41 fg.) wurde bereits oben I. Abschn. 2. gehandelt und wird zum Theile noch später Erwähnung geschehen.

[3]) Oben I. S. 8—10.

[4]) Oben I. S. 7, 8.

mit welcher die Fähigkeit der Erbschaft, sich zu entwickeln, zu vergrössern oder verringern, begründet wird, die Frage offen, ob das Provisorium der hered. jacens, während dessen („interim") sie als domina erscheint, nicht hinterher als vom Erben heherrscht rechtlich zu behandeln sei. Denn mit jener Formel ist ja, wie oben ausgeführt wurde, der im Laufe der Zeit zur Geltung gekommene Gesichtspunkt ausgedrückt, dass für die rechtliche Behandlung des pendenten Erbverhältnisses der bisherige Zustand — wie wenn der Erblasser selbst noch leben würde — massgebend sei [1]).

Das Gesagte gilt natürlich auch von jenen Stellen, welche in Betreff eines Erwerbes während der her. jac. sagen, es werde der Erbschaft und durch diese dem späteren Erben erworben: damit ist wieder nur das Prinzip der Universalsuccession, des „per universitatem acquirere singulas res" ausgedrückt [2]).

2. Stellen, welche sagen, der Erbe sei vor dem Antritte noch nicht Eigenthümer [3]).

Dieser Satz ist ebenso wahr, als er gegen die Rückwirkung nichts beweist. Solange der Delat nicht angetreten hat, ist er, wie nicht Erbe, so auch nicht Eigenthümer der Erbschaftssachen; erst durch den Antritt erlangt er das Eigenthum, nun entsteht aber auch die Frage, von welchem Zeitpunkte dasselbe zu datieren sei. Auch der Kriegsgefangene ist vor seiner Rückkehr nicht Eigenthümer seiner früheren Sachen; mit der Rückkehr aber gilt er als Eigenthümer derselben nicht erst von jetzt angefangen [4]). Auch der Hausvater hat bei Lebzeiten des Sohnes an den Sachen des peculium castrense — nach der neueren Gestaltung desselben

---

[1]) Oben II. S. 79 fg., 114.

[2]) Ihering Abhandl. S. 193 A. 3, Köppen a. a. O. p. 27, auch p. 26. Oben I. prom., z. B. S. 163 fg., 209 fg., 218 A. 4, 232 fg., II. S. 37, 98, 102, 108, 110.

[3]) L. 16, l. 18 § 2, l. 28 § 4 de stip. serv. (45, 3), l. 27 § 10 de pact. (2, 14), l. 41 de reb. cred. (12, 1); s. oben I. S. 167 fg., dazu Köppen l. c. p. 28 fg.

[4]) Vgl. ll. 15, 16 de interr. (11, 1); l. 18 (19) § 5, l. 19 (20) de neg. gest. (3, 5). S. Anhang.

— nicht das Eigenthum; mit dem erblosen Tode des Sohnes aber gilt er als Eigenthümer nicht erst von jetzt angefangen [1]).

3. Stellen, welche sagen, der Erbe sei Eigenthümer vom Tage seines Antrittes angefangen [2]).

Dieser Satz ist an sich nur das Gegenstück des vorigen: wenn der Erbe vor seinem Antritte noch nicht Eigenthümer der Erbschaftssachen war, muss er es doch mit seinem Antritte geworden sein („acquirere res singulas"). Indem es aber heisst, die Sachen erscheinen als Eigenthum des Erben „ex die aditae hereditatis", findet die Opposition gegen die Rückwirkung des Erbantrittes gerade in diesen Worten einen klaren Beleg für ihre Meinung; und diese wird noch bestärkt durch folgende Stellen.

4. Stellen, welche sagen, der Erbe sei (ungeachtet seines Antrittes) **nie** Eigenthümer gewesen [3]).

Dieser Ausspruch kann sich natürlich nur auf solche Erbschaftssachen beziehen, welche mit dem Erbschaftsantritte nicht in's Eigenthum des Erben, sondern in das eines Dritten fallen.

---

[1]) Vgl. insbes. die oben (II. S. 44) cit. l. 98 § 3 de sol. et lib. (46, 3); s. Anhang.

[2]) L. 8 de reb. cred. (12, 1): „— si legatam pecuniam — legatarius — noluit ad se pertinere, — heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse". Umgekehrt sagt l. 86 § 2 de leg. I.: „— si non repulerit (legatarius), ex die aditae hereditatis ejus intelligetur (sc. servus legatus)". Ferner l. 44 § 1 eod.: „— ubi legatarius non repudiavit, retro (res) ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur (res) repudiata fuisse heredis." S. auch l. 1 § 6 si quid in fraud. patroni (38, 5): „— quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen, quum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est." — Vgl. oben I. S. 404.

[3]) L. 80 de leg. II. (Papinian.): „— recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum heredis." L. 64 (65) de furt. (47, 2) (Neratius): „— quia neque tunc

Indem man aber glaubt, dass nach der Rückwirkungstheorie der Erbe wenigstens während der hered. jac. Eigenthümer solcher Sachen gewesen sein müsste [1]), obiger Satz aber das Gegentheil ausspricht, findet man darin einen neuerlichen Beleg gegen die Rückwirkung des Erbantrittes. —

Was nun die Stellen sub 3 und 4 betrifft, so ist vor allem zu berücksichtigen, dass sie sämmtlich von dem Falle des dinglichen Legates einer Sache handeln. Hier besteht eine Pendenz des Eigenthums zwischen dem Legatar und dem Erben — sowohl nach der (recipierten) Ansicht der Sabinianer als nach der der Proculianer [2]) —. Und wenn nun die Wirkung einer in

---

(sc. ante aditam hereditatem) ejus fuit (sc. Titii heredis), et — ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est: quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.‹ L. 44 § 2 eod. (Pomponius): »— quia nullo tempore heres dominus ejus (sc. servi) factus est.‹ Vgl. dazu auch l. 40 de nox. act. (9, 4), l. 1 § 1 si is qui test. liber (47, 4). (Vgl. oben I. S. 270 fg., S. 144 A. 2; dazu noch Schmidt die Persönl. d. Sklaven S. 10 A. 18, Köppen de vi quam retro ex. p. 21 fg.) — Ferner l. 9 § 5 de pecul. (15, 1) (Ulpian): »— licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit (sc. heres).‹ Umgekehrt heisst es in der l. 86 § 1 cit. (de leg. I.) vom Legatar: »— nam si legatarius a se repulerit legatum, nunquam ejus fuisse videbitur‹; ähnlich l. 1 § 6 cit. (38, 5).

[1]) Z. B. Ihering Abhandl. S. 183 a. E., 215.

[2]) S. oben I. S. 404, II. S. 17 A. 4, S. 88. Das Obwalten eines Pendenzverhältnisses ist in den obigen Digestenfragmenten klar ausgesprochen, insbes. in l. 86 § 2 de leg. I., l. 8 de R. C. 12, 1 (Zusammenstellung mit der bedingten Tradition), l. 15 de reb. dub. 34, 5 (vgl. l. 98 § 3 de sol. 46, 3, l. 44 pr. § 1 de leg. I.). Vgl. Köppen succ. Entst. S. 44 fg., 72, Jahrb. f. Dog. V. S. 194 fg.; derselbe findet in diesen u. a. Stellen den Ausdruck des Proculianischen Standpunktes und damit einen Beweis für dessen Reception; und das erklärt sich daraus, dass er überhaupt nur bei diesem Standpunkte ein Pendenzverhältnis zugibt und dem »nullius interim eam rem esse‹ (Gai. II. 200) eben diesen Sinn beilegt. (Cit. oben I. S. 403 fg., II. S. 17 A. 4.) Nun ist es auch uns ganz ausser Zweifel, dass die Proculianer bei dem dinglichen Legat eine wahre Pendenz zwischen Legatar und Erben annahmen; aber dies kann zunächst nur aus sachlichen Gründen gefolgert werden, insofern nämlich alle anderen Deutungen jener Ausdrucksweise entweder ein unhaltbares oder doch kein

die Zeit der Pendenz fallenden rechtlichen Thatsache für eine der beiden Parteien davon abhängig ist, dass sie Eigenthümer bezw.

---

einwurfsfreies oder greifbares Resultat ergeben: Rechtlosigkeit und Occupationsfähigkeit (Ihering passive Wirk. S. 259, 261, 278; s. aber S. 209 A. 32); Eigenthum ohne Eigenthümer (Köppen Erbschaft S. 29 fg.: oben I. S. 50 A. 5, S. 404 A. 5); objectiver Rechtsbestand; Rechtsverband; Pendenz mit ‚Vorwirkung'. Die Rückwirkung der Agnition (oben I. S. 404 A. 6) ist unentbehrlich, damit ist ein wahres Pendenzverhältnis gegeben, und diese Bedeutung ist daher dem ‚nullius interim esse' beizulegen (s. oben II. S. 88 A. 4—7). — Dass aber auch vom Standpunkt der Sabinianer ein Pendenzverhältnis besteht, ergibt sich aus der Rückwirkung der Repudiation des ipso jure erworbenen Eigenthums (die Ausdrucksweise von Gaius II. 195 findet sich auch in l. 38 § 1 de leg. I, l. 36 pr. ad leg. Aquil. 9, 2; vgl. auch c. 7 § 9 C. de cur. fur. 5, 70; vgl. auch Salkowski in Glück 49 S. 2 A. 4, S. 4 fg.); und wenn dies verkannt und als ein jus singulare (Köppen succ. Entst. S. 71) oder als ein ‚gezwungener Gesichtspunkt' (Ihering pass. Wirk. S. 260) bezeichnet wurde, so hängt das damit zusammen, dass man bei vorläufiger Zuweisung des Eigenthums an eine der Parteien nicht ein Pendenzverhältnis annehmen will (s. oben I. S. 404, II. S. 17 A. 4, S. 45 A. 6, S. 83 fg.). [Sokolowski a. a. O. S. 548 qualificiert die Repudiation des Legatars als Eigenthumsdereliction; aber sie wirkt ja doch ex tunc zu Gunsten des Erben.] Sofern aber die Reception des Sabinianischen Standpunktes sich anderweitig aus den Quellen ergibt (s. die Stellen bei Arndts Pand. § 560 A. 2, in Glück 48. Th. S. 277—333; dazu vgl. auch l. 11 § 1, l. 13 pr. § 1, l. 25 de manum. test. 40, 4; c. un. § 6 C. de cad. toll. 6, 51; s. ferner Ferrini teoria generale dei legati e dei fedecommessi (1889) S. 397 fg.), sind die obigen Stellen gerade ein Beleg dafür, dass die Pendenz durch solche vorläufige Regelung des Eigenthums nicht ausgeschlossen wird. Allerdings gilt das vom Sabin. Standpunkte nur für das unbedingte Legat; denn beim bedingten Legat ist das Zwischeneigenthum des Erben ein definitives Eigenthum (s. die Stellen bei Arndts Pand. § 560 A. 2, in Glück 48. Th. S. 334 A. 7; dazu l. 12 § 5 de usufr. 7, 1, l. 16 quib. mod. usufr. 7, 4, l. 9 § 5 de pec. 15, 1, l. 6 de manum. test. 40, 4, l. 2 § 5 de fideicomm. lib. 40, 5, l. 9, l. 16 de statulib. 40. 7; c. un. C. an serv. 4, 14); es liegt also für den Legatar eine ‚Vorwirkung' vor (Fitting Rückziehung S. 31 fg., 62 fg., 88 fg., 102 fg. Vgl. dazu Ihering pass. Wirk. S. 185 fg., 241 fg., 276 fg.; Köppen success. Entst. S. 6 fg., 25 fg.; ferner Karlowa Rechtsgeschäft S. 6 fg., Enneccerus Rechtsgesch. S. 161 fg., 240 fg., 269 fg., 295 fg.; Brinz III. § 427 zu A. 43. — Vom Standpunkt der Proculianer aber haben wir eine wahre Pendenz mit Rückwirkung auch beim bedingten Legat. (Oben I. S. 404

Nichteigenthümer der Sache war, so kommt zur Beantwortung dieser Frage zunächst nur jener Zeitpunkt in Betracht, in welchem es, je nach dem Ausfall des die Pendenz beseitigenden Ereignisses — d. h. des Verhaltens des Legatars — gewiss geworden ist, dass sie das Eigenthum erworben bezw. nicht erworben habe, — das ist der Zeitpunkt des Erbschaftsantrittes. Für die frühere Zeit sich über das Eigenthum auszusprechen ist zur Beurtheilung jener Wirkung kein Anlass vorhanden [1]).

Die obigen Stellen sagen nun: jenachdem der Legatar annimmt oder nicht, ist mit dem Erbschaftsantritte er selbst oder der Erbe Eigenthümer der Sache geworden; vor dem Antritte gehörte die Sache der Erbschaft; daher war sie im ersteren

---

A. 6, dazu Arndts in Glück 48 S. 335 A. 9 i. f.; Fitting a. a. O. S. 37 A. 58, Köppen a. a. O. S. 75, 80.)

Mit der Annahme eines Schwebeverhältnisses erledigen sich auch die verschiedenen Bedenken, welche sowohl gegen die Construction der Sabinianer als gegen die der Proculianer erhoben wurden, in ziemlich befriedigender Weise. (Hierüber Ihering pass. Wirk. S. 258 fg., 278 fg.; Köppen succ. Entst. S. 71 fg. (45 fg.); Arndts in Glück 48 S. 316 fg., 321 fg., 333 fg., 341, 349; Salkowski a. a. O. S. 60 fg.; Brinz III. § 427 A. 50 i. f.). De lege ferenda erscheint die erstere Construction wohl als die angemessenere: beim unbedingten Legat soll die Sache dem Legatar nach dem Willen des Erblassers unmittelbar zufallen, die Repudiation desselben ist erfahrungsgemäss das Unwahrscheinlichere; beim bedingten Legat ist der Erwerb des Legatars vom Erblasser selbst auf den Zufall gestellt. Dass aber die Statuierung eines gebundenen Zwischeneigenthums des Erben für alle Fälle ‚die einzige zutreffende Construction des Verhältnisses' wäre (Ihering a. a. O. S. 262), will nicht recht einleuchten; allerdings erscheint sie bereits im neuesten röm. Rechte angebahnt und im modernen Rechte zum Theile realisiert, erfreut sich aber nicht ungetheilter Billigung. (Vgl. Arndts Pand. § 560 A. 2 i. f.; Unger VI. § 64 A. 1; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 489 [in A. 17 ist ein Excurs über das Vindicationslegat in Aussicht gestellt]. Vgl. aber auch Karlowa Rechtsgeschäft S. 51, bezw. Kretschmar Präleg. S. 114 in Betreff eines hinter jedem Legat liegenden obligatorischen Legatsanspruches gegenüber der Erbschaft. Ferner Arndts in Glück 46 S. 39 fg., Salkowski a. a. O. S. 36 fg., 43 fg., 47 fg., 53 fg. und prom., z. B. S. 260, 323 fg., 504 fg.

[1]) So auch in Betreff der l. 8 de R. C. (12, 1): Scheurl Beitr. I. S. 89.

Falle nie im Eigenthum des Erben, im letzteren Falle nie im Eigenthum des Legatars.

Für den Fall, dass die Sache dem Erben verbleibt, beweist jene Ausdrucksweise wohl nichts; denn das ist ja wahr, dass der Delat erst durch den Antritt Eigenthümer der Erbschaftssachen wird, also auch der vom Legatar repudiierten Sache; und wenn es heisst, dass die Sache vorher im Eigenthum der hereditas stand, so stimmt das zu den Stellen sub a); die Frage aber, ob dieses Interimseigenthum der Erbschaft nicht hinterher rechtlich als Eigenthum des Erben im Sinne von Celsus (l. 193 de R. J.)[1] zu gelten habe, bleibt wieder eine offene.

Für den Fall, dass die Sache vom Legatar erworben wird, scheint allerdings der Gedanke nahe zu liegen, dass, wenn der Antritt des Erben eine rückwirkende Kraft hätte, die Sache wenigstens für die Zeit der hered. jacens als Eigenthum des Erben erklärt werden müsste, während die Quellen sagen, sie habe ihm nie gehört, sie sei recta via auf den Legatar von der Erbschaft übergegangen[2]. Aber gerade diese Schlussfolgerung ist unrichtig. Es wurde bereits oben[3] bemerkt, dass auch dann, wenn dem Erbschaftserwerb rückwirkende Kraft zukommt, diese sich nicht auch auf die per vindicationem legierte Sache erstrecken könne: wenn der Antritt das Eigenthum dieser Sache nicht dem Erben, sondern dem Legatar verschafft, kann er für den Erben in Bezug auf diese Sache auch nicht zurückwirken[4]. Die Gegner sagen zwar, der Erbe erwerbe mit dem Antritte die Erbschaft und damit alle einzelnen dazu gehörigen Sachen, er müsste also im Falle der Rückwirkung auch die legierte Sache für solange erwerben, bis sie an den Legatar fällt, während die Quellen

---

[1]) Köppen de vi quam retro exerc. p. 25 meint, dass Celsus ungeachtet seines Ausspruches in l. 193 cit. der Rückwirkungsfiction nicht gehuldigt haben könne, da er ein Zeitgenosse des Neratius und ebenso wie dieser ein Proculianer war, Neratius aber in der l. 64 (65) de furt. entschieden gegen diese Fiction sich ausgesprochen habe. Aber diese Stelle handelt ja von einem dinglichen Legate. (S. im Folgenden.).

[2]) L. 64 (65) cit., l. 80 de leg. II.

[3]) Oben II. S. 140 fg.

[4]) So auch Scheurl l. c.: S. 77, 78.

sagen, er habe sie nie erworben [1]). Hierin aber liegt wieder ein Fehlschluss. Sind auch die letzten Gründe des römischen Erbfolgesystems, wie uns bedünkt, noch nicht vollständig aufgedeckt, so lässt sich doch der Mechanismus desselben feststellen; und da muss gesagt werden, dass die Erbschaft als solche vom Erben nicht erworben werde, dass sie als universitas nur bis zum Antritte bestehe, als Mittel, die Succession des Erben zu ermöglichen [2]). Mit Recht wurde betont, dass die Erbschaft als universitas nur Gegenstand der Succession, nicht des Erwerbes sei [3]) — genauer vielleicht: dass sie nicht Gegenstand, sondern nur Mittel der Succession sei. Die Vorstellung, dass vom Erben die Erbschft als solche erworben werde, während die Quellen immer nur von „per universitatem acquirere (res)" sprechen, hat zur Consequenz gehabt, dass Viele sich die erworbene Erbschaft als ein besonderes Vermögen in dem des Erben dachten [4]); sie würde aber in Betreff des Vindicationslegates gerade die Consequenz haben, dass der Erbe auch an der legierten Sache das Eigenthum, und wäre es auch nur für einen Augenblick, erwerben müsste, was die Quellen leugnen. Für den Erben ist also das „omne jus mortui", in das er succediert, das „singularum rerum dominium", dann „ea quae in nominibus sunt" [5]) etc. Andrerseits wäre es aber auch nicht richtig zu sagen, dass die Universalsuccession nichts sei als ein in Einem Acte sich vollziehender Complex von Singularsuccessionen [6]): damit wäre die für das römische Recht charakteristische Universalsuccession überhaupt negiert. Vielmehr verhält sich u. E. die Sache so: der Erbe tritt zwar in die Gesammtheit des Nachlasses als solche, in Folge der Vermögensconfusion aber ist das Resultat des Erwerbes ein anderes: die universitas ist untergegangen

---

[1]) S. z. B. Schnitzler a. a. O. S. 78.

[2]) Wird doch die hereditas in den Quellen geradezu als successio definiert: oben II. S. 110 fg.

[3]) Unger VI. § 2 A. 14; Brinz 1. Aufl. II. § 151, 156, 2. Aufl. III. § 357. S. oben II. S. 114 A. 2.

[4]) Oben II. S. 131 A. 1.

[5]) L. 37 de acquir. her. (29, 2); vgl. dazu l. 49 de V. S. (50, 16).

[6]) Oben II. S. 110 A. 4.

und an deren Stelle sind die einzelnen Vermögensstücke getreten. An Analogien fehlt es ja auch nicht in anderen Fällen der Confusion [1]). Allerdings fällt da scheinbar Erwerb und Verlust in einem Moment zusammen; aber in Wirklichkeit ist das Untergegangene in anderer Gestalt erworben [2]).

Was den Fall des dinglichen Legates betrifft, so stellt sich der Sachverhalt folgendermassen. Der erbschaftlichen universitas bedarf es überhaupt, um alles Einzelne im Zusammenhang zu erhalten [3]) und dadurch die Succession des Repräsentanten des Erblassers zu ermöglichen; umgekehrt ist diese Succession — als Zweck jenes Mittels — die conditio juris dafür, dass die hereditas als solche existierte [4]), und bei der letztwilligen Erbfolge dafür, dass der letzte Wille überhaupt, also auch die Legate zur Wirksamkeit gelangen [5]). Auch die per vindicationem legierte Sache muss daher vorläufig im Zusammenhang mit der hereditas bleiben, obwohl die Absicht des Testators dahin ging, dass der Legatar sie direct von ihm erhalte [6]); sie kann nur mittels der

---

[1]) Z. B. der Eigenthümer erwirbt vom Usufructuar den ususfructus zurück; ferner die sog. usucapio libertatis. — In der Bestimmung des juristischen Wesens der Universalsuccession im Gegensatze zur Singularsuccession wird die Sache vielfach so dargestellt, als ob bei ersterer die universitas als solche doch das eigentliche Object des Erwerbes bilden würde. Vgl. Savigny Syst. III. S. 13 fg. (I. S. 383 fg.); Liter. bei Arndts Pand. § 56 A. 2; dazu s. Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 8, 275, Excurse S. 193, 198. — Ueber Hölder s. oben II. S. 111 A.

[2]) Daher ist darauf nicht anwendbar der Satz des frg. Vat. 75: „etenim esse incogitabile, eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi“ (Steinlechner jur. comm. II. S. 47 A. 5).

[3]) „Universo jure hereditatis contineri“, l. 36 de stip. serv. (45, 3).

[4]) Oben II. S. 22 fg.

[5]) Oben II. S. 25 fg.

[6]) Dieses Moment betont besonders Köppen: s. oben I. S. 400. Ueber die ursprüngliche Form „do lego“ (Gaius II. 193): Arndts in Glück 46 S. 16; Lassalle Syst. d. erworb. Rechte II. S. 174 fg. Vgl. ferner in Betreff des Mancipationstestamentes die Worte (Gaius II. 103): „— ei (fam. emtori) mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.“ — Arndts a. a. O. S. 18 sagt: „Das Eigenthum der vermachten Sache erwarb der Legatar, sowie es dem Erblasser zugestanden hatte, als von diesem selbst, ohne Vermittelung durch den

universitas, obzwar nicht mittels des Erben, an den Legatar gelangen [1]). In dem Augenblicke aber, in welchem durch den Erbesantritt die universitas aufhört, fällt das Einzelne dorthin, wohin es nach dem Willen des Erblassers gehört: einerseits an den Erben, andrerseits an den Legatar [2]); denn die legierte Sache soll nach jenem Willen aus der universitas zu Gunsten des Legatars ausgeschieden sein [3]). Der ganze Vorgang aber beruht auf dem Gedanken, dass der Erbesantritt als Genehmigung des Willens des Erblassers in seiner Gänze seitens des berufenen Repräsentanten erscheint [4]).

Nun könnte aber noch folgender Einwand erhoben werden: beim dinglichen Legat ist wenigstens soviel gewiss, dass die Sache vor dem Erbschaftsantritte im Eigenthum der hereditas selbst steht [5]) — gerade so wie alle übrigen Erbschaftssachen; wenn

---

Erben, obwohl vermittelt durch den Erwerb der Erbschaft nach Testament, geradezu ihm, dem Legatar, zugewendet'. Ebenso macht Hölder (‚Die Stellung des röm. Erben'), nachdem er gegen Karlowa (röm. R. G. II. S. 869) betont, dass beim Vindicationslegat ein bestimmtes Nachlassstück von der Universalsuccession des Erben ausgenommen sei (S. 239), die Bemerkung, es ‚erfolgt der Erwerb des vermachten Rechtes durch den Legatar und des übrigen Nachlasses durch den Erben in der Weise, dass jener gleich diesem ein unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers ist, wenngleich die Singularsuccession des Legatars nicht möglich ist ohne die Universalsuccession des Erben . .' (S. 240). ‚Der Legatar bekommt den ihm zugewendeten Nachlassbestandtheil — direct vom Verstorbenen.' (S. 262.)

[1]) Vgl. einerseits Neratius in l. 64 (65) de furt. (47, 2): ‚— ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt'; andrerseits Papinian in l. 80 de leg. II: ‚— recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.'

[2]) L. 80 cit.: ‚Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas.'

[3]) L. 116 pr. de leg. I.: ‚— ex eo, quod universum foret heredis, alicui quid collatum velit.' S. auch Arndts in Glück 46 S. 120; Ferrini a. a. O. S. 283.

[4]) L. 57 (55) § 2 ad leg. Falc. (36, 1): ‚— omnis defuncti voluntas rata constituitur.' Oben II. S. 29 A. 2.

[5]) L. 80 de legat. II.: ‚— dominium, quod hereditatis fuit . .'

nun nach dem soeben Ausgeführten in Betreff jener Sache keine Rückwirkung des Erwerbes zu Gunsten des Erben stattfindet, so ist eine solche wohl auch in Betreff der übrigen Erbschaftsgegenstände nicht anzunehmen.

Auf diesen Einwand aber ist mit der Frage zu erwiedern: ist es so ganz sicher, dass beim Erwerb des dinglichen Legates nicht eine Rückwirkung zu Gunsten des Legatars stattfinde, wie sonst zu Gunsten des Erben [1]? Diese Frage mag heutzutage paradox klingen; in früherer Zeit aber wurde sie wiederholt aufgeworfen und keineswegs allgemein verneint: verschiedene Schriftsteller haben sich auch in Betreff des Vermächtniserwerbes für die Rückwirkung bis zum Tode des Erblassers ausgesprochen, — allerdings manchmal im Hinblick auf die Transmissibilität —; in neuerer Zeit wird die Frage ziemlich allgemein verneint oder gar nicht aufgeworfen [2]. Wir möchten derselben doch näher treten,

---

[1]) S. bereits oben I. S. 274.

[2]) Die ältere Literatur s. bei Arndts in Glück 48. Th. S. 266 A. 39, S. 199 A. 2, S. 247 A. 100, S. 259 A. 23, S. 348 A. 30 (dazu auch Voët comment. ad Pand. II. p. 344); von späteren Schriftstellern: Rosshirt d. L. v. d. Vermächtnissen I. S. 477, 480, 500; Sintenis d. pr. Civ. R. III. § 213 No. II (vgl. dazu § 214 A. 8); Puchta Vorles. § 541. — Dagegen Brinz 1. Aufl. II. § 221 S. 954 (2. Aufl. III. § 427 zu A. 43, 44); Vering Erbr. S. 733 zu A. 4, S. 775 zu A. 3; Windscheid III. § 642 A. 5; Arndts a. a. O., ferner S. 254 fg., 341 fg.; Köppen: Rückwirkung des Legatserwerbes — den er erst an die Agnition knüpft — bis zum Erbschaftsantritt; den letzteren liess er früher überhaupt nicht zurückwirken, jetzt aber nimmt er Rückwirkung bis zum Tode des Erblassers an. (S. oben I. S. 395 A. 3 i. f., S. 396 A. 4, S. 397 A. 1.) S. ferner Enneccerus Rechtsgeschäft S. 436 fg. — Dagegen wieder Ferrini a. a. O. S. 388 fg.: Allerdings bleibe ‚effectiv' die legierte Sache in der Erbschaft bis zum Antritte; mit letzterem aber werde das Eigenthum des Legatars, welches bis dahin ein ‚virtuelles' war, nun auch ein ‚actuelles'. Wenn der Legatar sofort nach dem Antritte die rei vindicatio anstellen kann, sei dies nur dadurch erklärlich, dass er schon mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum erwerbe, welches aber klageweise nicht geltend gemacht werden könne, ehevor die Succession aus dem Testamente durch den Antritt gesichert sei. Wie aber der Eigenthumserwerb des Erben selbst bis zum Tode des Erblassers zurückwirke, so auch der des Legatars. Den Beweis findet

da sie mit dem Gegenstande unserer Untersuchung in einem gewissen Zusammenhange steht. Dabei haben wir begreiflicherweise vorzüglich das dingliche Legat in seiner ursprünglichen, reinen Gestalt „per vindicationem" im Auge, obwohl auch nach Justinianischem Rechte die Möglichkeit eines dinglichen Legates, wenn es sich um eine eigene Sache des Erblassers handelt, nicht in Abrede gestellt werden kann.

Wie immer man die Begriffe von dies cedens und veniens legati definieren mag — Uebereinstimmung herrscht ja auch hier keine [1]) —, soviel ist sicher, dass beim dinglichen Legat [2])

Verfasser in den Bestimmungen über den Erwerb der Accessionen seitens des Legatars. (Davon später.) — Uebrigens meint der Verf. S. 395 fg., dass jenes „potenzielle" Eigenthum des Legatars im Justinianischen Rechte nicht anerkannt sei, welches Eigenthum und rei vindicatio des Legatars erst an den Antritt des Erben knüpfen; dass dies auch der älteste Standpunkt des röm. Rechtes gewesen zu sein scheine, während später, u. z. schon vor der Schule der Sabinianer, aber von dieser besonders vertreten, der dies cedens auf den Tod des Erblassers zurückverlegt wurde, was die Schule der Proculianer bekämpfte, deren Theorie aber nicht recipiert worden sei. (Diese Ansicht dürfte auf die Quellen schwer zu controllieren sein.)

Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 486 A. 5 bemerken: „Beim dinglichen Anspruche wäre ein sofort die cedente eintretender, durch die aditio hereditatis resolutiv bedingter Erwerb denkbar, aber wegen der Möglichkeit der nachträglichen Vernichtung desselben testamento destituto, wegen der Unerlaubtheit der Selbsthilfe und aus anderen Gründen unangemessen und zweckwidrig."

[1]) Literaturcitate für das gemeine Recht: oben I. S. 306, dazu Ferrini a. a. O. S. 377 fg.; vgl. ferner Karlowa Rechtsgeschäft S. 49 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 422 fg.; — für das österr. Recht: ebendas. u. S. 400 A. 1; dazu Krainz II. § 518. Ferner Schiffner die sog. gesetzl. Vermächtnisse (1895) S. 23 fg. (S. 9): Nach ihm richtet sich der Erwerb des gesetzl. Vermächtnisses nach dem der gesetzl. Erbschaft: Additions- oder Repudiations-System.

[2]) Das obligatorische Legat kommt hier nicht in Betracht: die Forderung gegen den Beschwerten kann natürlich erst entstehen, sobald dieser Erbe ist. Allerdings, wenn die Erbesqualität durch Rückziehung an den Zeitpunkt des Todes des Erblassers anzuknüpfen ist, liesse sich auch die Entstehung der Legatsforderung von da angefangen datieren, sofern ja auch beim Damnationslegat der dies cedens in jenem Zeitpunkte eintritt (Arndts in Glück 48 S. 204 fg., Salkowski eod.

nach römischem Rechte [1]) das Eigenthum der Sache auf den Legatar nicht vor dem Antritte des Erben übergeht, sowohl vom Standpunkt der Sabinianer als von dem der Proculianer [2]). Es handelt sich aber um die Frage, ob das so erworbene Eigenthum des Legatars auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückzudatieren sei? Es wird sich empfehlen, die Frage zunächst aus allgemeinen Gesichtspunkten zu beurtheilen und dann einige praktische Consequenzen in's Auge zu fassen.

Für die Bejahung der Frage dürfte geltend gemacht werden, dass die Rückwirkung des Legatserwerbes eine Consequenz der Auffassung des Erbschaftsantrittes als einer Genehmigung des einseitigen Berufungswillens darstelle und daher die Rückwirkung für alle Dispositionen des Erblassers, also auch für die Legate bedinge. Das wäre vorläufig eine petitio principii.

Dass aber wenigstens diejenigen, welche dem Erbschaftserwerbe rückwirkende Kraft für den Erben beilegen, consequent auch den Legatserwerb zurückwirken lassen müssen, darf wohl behauptet werden: wenn die Erbschaft als solche mit dem Antritte rückwärts im Vermögen des Erben untergehen soll, kann sie auch nicht bloss für die legierte Sache als vorhanden betrachtet werden; und sofern diese nie Eigenthum des Erben gewesen sein soll, wäre sie bis zum Erwerbe des Legatars nicht bloss herren-, sondern auch rechtlos, wenn sie nicht rückwärts als Eigenthum des Legatars betrachtet würde. Doch dieses Argument setzt eben die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes voraus.

---

49 S. 2 fg.; s. oben I. S. 395 A. 3); aber die Geltendmachung derselben ist doch erst später möglich. In Betreff des Rentenvermächtnisses vgl. l. 12 § 3 quando dies leg. (36, 2). [Für das österr. Recht s. die Bestimmungen der §§ 684 fg. a. b. G. B. (Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 486 fg.); vgl. das bürg. G.-B. f. d. deutsche R. §§ 2174, 2176 fg.]

[1]) Für das österr. Recht lautet die allgemeine Lehre, dass dem Legate immer — auch wenn es sich um Sachen des Erblassers handelt — nur obligatorische Wirkung zukomme; Liter. oben I. S. 306 A. 2, 5, S. 400 A. 1 (S. 434 A. 3 i. f., II. S. 137 A. 1); s. aber auch unten.

[2]) Gaius II. 194, 195: oben I. S. 401 A. 2, 3, S. 403 A. 6; ferner die oben II. S. 143 A. 2, 3 cit. Stellen, dazu l. 7 § 5 de dolo (4, 3), l. 69 pr. de leg. I. — Vgl. statt Aller: Arndts in Glück 48. Th. S. 247

Wie schon oben [1]) betont, geht beim dinglichen Legate der Wille des Erblassers auf directen und sofort mit seinem Tode erfolgenden Uebergang des Eigenthums der Sache auf den Legatar („do, lego"), gerade so wie der Erbeinsetzungswille auf sofort mit dem Tode eintretende Universalsuccession. Indem aber letztere durch die Zustimmung des Eingesetzten bedingt ist, ist das Zwischenstadium der hered. jacens auch für die legierte Sache unentbehrlich [2]). Wie aber richtig bemerkt wurde, verzögert der Aufschub des Erbschaftsantrittes den Legatserwerb nur extrinsecus, nicht ex testamento [3]) [4]).

---

zu A. 100 (S. 199 A. 2), S. 204 fg., S. 259 A. 23, S. 348 A. 30. Ferrini a. a. O. S. 388 fg. erklärt die betreffenden Stellen dahin, dass vor dem Erbschaftsantritte dem Legatar die rei vindicatio nicht zustehe, dass sein Eigenthum noch nicht ein actuelles, immerhin aber ein potenzielles sei. S. oben II. S. 151 A. 2.

[1]) II. S. 149 zu A. 6.

[2]) Eod. S. 150 zu A. 1.

[3]) Brinz III. § 427 A. 9. Vgl. l. 6 § 1 quando dies leg. (36, 2). — Anders wäre es natürlich beim bedingten Legat nach der (recipierten) Ansicht der Sabinianer (Gai. II. 200); ferner beim befristeten Legat; über die letztere Form vgl. Fitting Rückziehung S. 106 fg.; Arndts in Glück 48 S. 261 fg., 337; Hofmann krit. Stud. S. 138 fg. (überhaupt Literatur: Arndts Pand. § 560 A. 3). Vgl. auch die Form „quum heres morietur": Gai. II. 232, Ulp. fr. XXIV. 16 (dazu aber auch l. 4 quando dies leg. 36, 2).

[4]) Mit dem angegebenen Gesichtspunkte hängt zusammen, dass beim legatum per vindicationem die legierte Sache nicht bloss im Augenblicke der Testamentserrichtung, sondern auch im Augenblicke des Todes des Testators im (quiritarischen) Eigenthum des letzteren stehen muss (Gai. II. 196). Das erstere Erfordernis ergibt sich schon aus allgemeinen Prinzipien (objective Möglichkeit bei Abschluss des Rechtsgeschäftes) und aus der Form dieses Legates („do, lego") — vgl. die regula Catoniana (Arndts in Glück 46 S. 18 A. 40). — Das zweite Erfordernis möchte vielleicht als blosse Consequenz des Satzes betrachtet werden, dass die Veräusserung der legierten Sache seitens des Testators das Legat civilrechtlich ungiltig machte (Gai. II. 198). Aber jenes Erfordernis würde zweifellos auch dann bestehen, wenn der erwähnte Satz (medium tempus nocet!) nicht gelten würde: vgl. das legatum sinendi modo (Gai. II. 211, 212). Der Grund kann also nur der sein, dass das Legat mit dem Tode des Erblassers — unter der conditio juris des späteren Erbschaftsantrittes — in Wirksamkeit tritt.

Für das Vindicationslegat ist besonders der Standpunkt der Proculianer charakteristisch: darnach soll die (unbedingt oder bedingt) legierte Sache vom Erbschaftsantritte bis zur Agnition des Legatars „Niemandem" gehören („nullius interim eam rem esse") [1]. Die Quellen bezeichnen aber die Erbschaftssachen auch vor dem Antritte des Erben als „res nullius". Soll da ein wesentlicher Unterschied bestehen [2]? Im ersteren Falle hat jene Bezeichnung, sofern keine hereditas mehr besteht, sicher die Bedeutung der Pendenz des Eigenthums zwischen Legatar und Erben [3]; im letzteren Falle kommt die legierte Sache allerdings zunächst nur als ein Bestandtheil der hereditas in Betracht; wenn aber die obigen Ausführungen [4] über das juristische Wesen der hereditas jacens richtig sind, muss auch in Betreff der dinglich legierten Sache des Erblassers gesagt werden, es bestehe eine Pendenz zwischen Rechtlosigkeit derselben einerseits, und Eigenthum des Legatars oder des Erben andrerseits. Mit dem Erbschaftsantritte fällt die erste Alternative weg, mit dem Legatserwerb hört auch die letztere Pendenz auf [5].

Für diese Auffassung spricht wohl auch die rechtliche Bedeutung des sog. dies legati cedens. Allerdings erscheint derselbe vorläufig nur als ein „Anfall" [6], sofern es ja richtig bleibt, dass der Erwerb des Eigenthums seitens des Legatars erst mit dem Erbschaftsantritt erfolgen kann. Allerdings ferner

---

[1]) Gaius II. 200.

[2]) S. oben I. S. 405 A. 6. Vgl. auch Köppen success. Entst. S. 67.

[3]) S. oben II. S. 88, 144 A. 2.

[4]) II. S. 9 fg.

[5]) Vom Standpunkt der Sabinianer, welche ja dann, wenn die Erbschaftssache nicht legiert ist, bezw. dem Erben verbleibt, das Eigenthum derselben durch Rückziehung dem Erben auch für die Zeit der hereditas jacens zuschreiben (l. 28 § 4 de stip. serv. 45, 3), ist es in Betreff der dinglich legierten Sache, wenn sie dem Legatar verbleibt, doch nur eine Consequenz, diesem das Eigenthum auch rückwärts zuzusprechen, sofern die Erbschaft rückwärts Eigenthum des Erben gewesen sein soll, aber mit Ausnahme der legierten Sache — sie wäre denn unter einer Bedingung legiert worden (Gaius II. 200) —.

[6]) S. oben I. S. 306 A. 2. Vgl. § 684 (Titelrubr.) des österr. a. bürg. Ges.-B.; § 2176 des bürg. Ges.-B. f. d. deutsche Reich.

hat derselbe zunächst den Zweck einer Sicherung des Legatars gegen die Gefahr, welche ihm aus der Verzögerung des Erbschaftsantrittes erwachsen könnte — u. z. in Form der Vererblichkeit seines Anrechtes [1]) —; weshalb dann, wenn die letztere durch die Natur des legierten Rechtes ausgeschlossen ist, der dies cedens mit dem Erwerbe zusammenfällt [2]). Hiernach möchte es allerdings scheinen, dass die rechtliche Bedeutung des dies leg. cedens sich mit der Vererblichkeit des Vermächtnisanspruches erschöpfe; denn wo diese fehlt (wegen Unvererblichkeit des vermachten Rechtes), oder wenn das legierte Recht selbst sofort erworben wird (weil der Erbe ein heres necessarius ist), tritt der dies cedens als ein besonderes Moment nicht hervor, mag auch gesagt werden, er falle mit dem dies veniens zusammen [3]); denn wenn das Recht selbst erworben ist, gibt es kein Anrecht mehr auf dasselbe. Was ist denn aber in den übrigen Fällen jenes Anrecht, welches der dies cedens verleiht? Ist es bloss geschaffen um der Vererblichkeit willen? Es muss doch eine Bedeutung an sich haben [4]). Bei der Erbfolge haben wir ebenfalls ein solches Anrecht (Delation), dasselbe war aber ursprünglich ganz unvererblich [5]). Der Grund, dass hier schon mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft deferiert bezw. die Erbfolge eröffnet ist [6]), liegt im Prinzip der Unmittelbarkeit der Succes-

---

[1]) Brinz III. § 427; Arndts in Glück 48 S. 213 fg. (202 fg.); Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 486 und A. 4.

[2]) Wie es in l. 68 § 1 de leg. für den Fall, dass der Erbe ein heres necessarius ist, heisst: „— in unum concurrit, ut et heres existat et dies legati cedat . . . .“ S. oben I. S. 150 fg., S. 189, 306 fg.; II. S. 38.

[3]) Vgl. dazu den Erbschaftserwerb des Suus heres: oben I. S. 309 A. 3.

[4]) In c. un. § 6 C. de cad. toll. (6,51) heisst es charakteristisch in Betreff des legierten ususfructus: „— quia neque a morte testatoris, neque ab adita hereditate, quantum ad transmissionem, dies ejus cedit“. L. 2 quando dies legat. (36, 2): „— neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit.“ (Umgekehrt l. 7 pr. eod.)

[5]) Oben I. S. 303.

[6]) Oben I. S. 322 fg., 336 fg.; II. S. 17 A. 2, S. 135 A. 2.

sion [1]). Beim Legat kommt ein solches Prinzip nicht in Frage, und bei einem Aufschub des dies cedens gehört das Recht bezw. dessen Inhalt in der Zwischenzeit einem Anderen [2]).

Wir glauben nun, dass gerade von diesem letzteren Punkte aus ein Licht auf die eigentliche Bedeutung des dies legati cedens falle. Für jedes Legat ist nach römischem Rechte der Erbschaftsantritt die conditio juris [3]), weil sich erst damit das legierte Object von der erbschaftlichen universitas als etwas Selbständiges auslöst und dem zufallen kann, dem es zugedacht ist. Beim bedingten Legat haben wir überdies die gewollte Bedingung des Eintrittes eines künftigen ungewissen Ereignisses, diesen muss der Legatar erleben, der dies cedens ist an ihn geknüpft; bis dahin gehört das legierte Recht bezw. dessen Inhalt dem Erben. Beim unbedingten Legat eines unvererblichen Rechtes besteht die begriffliche Bedingung, dass der Legatar den Erbschaftsantritt erlebe; der dies cedens tritt erst jetzt ein, und das legierte Recht bezw. sein Inhalt gehört zwar formell der Erbschaft, materiell aber (durch dieselbe) dem Erben. Beim unbedingten Legat eines vererblichen Rechtes endlich, das nur unter der conditio juris des Erbschaftsantrittes steht, den der Legatar nicht zu erleben braucht, tritt der dies cedens schon mit dem Tode des Testators ein; das vermachte Recht gehört zwar formell noch der Erbschaft, materiell aber dem Legatar [4]). Und so glauben wir denn das juristische Wesen des dies legati cedens des römischen Rechtes folgendermassen bestimmen zu können: er ist der durch den Antritt des Erben rechtlich bedingte Erwerb des legierten Rechtes [5]). Vom Stand-

---

[1]) Oben I. S. 292 fg.

[2]) In Betreff der Erbeinsetzuug vgl. das römische Soldaten- und das moderne Testament: oben I. S. 302 fg., S. 312 fg.

[3]) Oben I. S. 189 fg.; II. S. 25 fg., S. 149 A. 5.

[4]) Vgl. auch die l. 12 § 3 quando dies leg. (36, 2) in Betreff des Rentenvermächtnisses.

[5]) Vgl. dazu l. 7 pr. quando dies leg. (36, 2): ‚Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.‘ Ferner l. 6 § 1 eod.: ‚— si extrinsecus suspendatur legatum, non ex testamento — — —: magis enim mora quam conditio legato injecta videtur.‘

punkt der Proculianer würde die Agnition des Legatars noch eine weitere conditio juris bilden, nicht aber vom (recipierten) Standpunkt der Sabinianer [1] [2]). —

Nicht ganz zu ignorieren ist endlich der Parallelismus, der uns in den oben [3]) citierten Quellenstellen in Bezug auf den wirk-

---

L. 7 § 6 eod.: ‚Interdum aditio heredis legatis moram facit . . . .' — Dazu l. 47 pr. de leg. I. Vgl. auch l. 40 de O. et A. (44, 7). — Köppen, welcher die ‚successive Entstehung' des Rechtes beim Legatserwerbe am schärfsten untersucht hat, betrachtete früher den dies leg. cedens als eine Delation, womit im Augenblick des Todes des Erblassers ‚das Recht des Vermächtnisses' erworben werde, während das vermachte Recht von ihm erst durch Agnition erworben werde. In seiner späteren Theorie aber lässt er die ‚Delation', d. i. ‚Acquisition des Rechtes unter der Suspensivbedingung der Agnition' — erst mit dem Erbschaftsantritte erfolgen, wodurch ‚deferiertes Eigenthum' entstehe, welches mit der Agnition ‚perfectes Eigenthum' werde. (S. oben I. S. 394 fg.). Aber die Frage, was nun der dies legati cedens sein solle, wird wohl für das Forderungslegat beantwortet (‚Schuld ohne Schuldner'; aber l. 21 § 1, l. 22 § 1 quando dies leg. 36, 2 [Arndts a. a. O. 46 S. 216] sprechen nur von ‚certum esse debitum iri'; l. 213 pr. de V. S. auch nur von ‚incipere deberi', wie l. 41 de cond. et dem. 35, 1 vom bedingten Legat sagt; vgl. auch die l. 7 pr. de compens. 16, 2), nicht aber für das dingliche Legat (s. oben I. S. 397 A. 4). — Puntschart mod. Theorie S. 416 (395) spricht von ‚Vermächtnisverband'; also hier wohl gemeint: Eigenthumsverband ohne Eigenthum resp. Eigenthümer? (Vgl. S. 68).

[1]) Vgl. oben I. S. 405 fg. mit Sokolowski a. a. O. S. 547 fg. —

[2]) Mit obiger Definition ist auch die Idee, dass mit dem dies cedens das vermachte Recht selbst zwar noch nicht entstanden, aber doch in der Entstehung begriffen sei (s. bei Arndts an den oben S. 153 A. 2 cit. Stellen; ferner Köppen Jahrb. f. Dogm. V. S. 125 A. 1, Karlowa Rechtsgesch. S. 50; oben I. S. 394) in eine befriedigendere Form gebracht. Sie stimmt ferner zu unserer Auffassung der erbrechtlichen Delation (I. S. 362 fg.). Die Parallelisierung dieser beiden Erwerbsvorstadien hat in der That eine Berechtigung, während allerdings für die Parallelisierung des wirklichen Legats- und und Erbschaftserwerbes (s. oben I. S. 395 A. 3, S. 402 A. 2, S. 40 9 zu A. 1) zwischen dem Procul. und Sabin. Standpunkt einerseits, zwischen dem Erwerbe des heres voluntarius und des h. necessarius andrerseits unterschieden werden muss. (Vgl. aber auch Pfaff-Hofmann in Arndts' Pand. § 554 A. 1[a].)

[3]) II. S. 143 A. 2, 3.

lichen Eigenthumserwerb des Legatars einerseits und des Erben andrerseits entgegentritt. Namentlich der Ausspruch Papinian's in l. 80 de leg. II. ist charakteristisch, welcher lautet:

„Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas [1]) heredis res singulas."

Allerdings wird dies weiter dahin interpretiert, dass bei der pure legierten Sache „recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis"; dass aber dieses dominium hereditatis nur ein provisorisch angenommenes Interimseigenthum sei, ersehen wir aus der Stelle von Neratius (l. 65 de furt.), welcher geradezu sagt: „— ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt" [2]) [3]).

---

[1]) Arndts in Glück 48 S. 215. Man möchte als Gegensatz zu ‚legatum' eher ‚heredis institutio' statt ‚hereditas' erwarten; es wollte aber wohl jede Art der Erbfolge ausgedrückt werden, hereditas also im Sinne von jus successionis genommen (oben II. S. 110 fg.). Vgl. auch l. 13 de cond. inst. (28, 7).

[2]) Mochte auch Neratius die Personificationsformel noch nicht gekannt haben, so wurde doch gerade aus dieser Stelle gefolgert, dass er sachlich im Geiste derselben und gegen die Rückwirkungsfiction entschieden habe. Letzteres ist nun nicht allgemein richtig, sondern nur in Betreff des hier behandelten dinglichen Legates (oben II. S. 140 fg., 147); ist aber ersteres richtig, dann bleibt die Ausdrucksweise in unserer Stelle umso charakteristischer. Darauf legt auch Brinz III. § 427 zu A. 40 grosses Gewicht.

[3]) Wir möchten noch aufmerksam machen auf die l. 7 de testament. tut. (26, 2), welche in Betreff der letztwilligen Tutel sagt: ‚Tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur, simul atque aliquis heres extitisset.' Auch hier bewirkt das Stadium der hereditas jacens eine unvermeidliche Verzögerung, der Antritt eines Erben ist die rechtliche Bedingung für die Wirksamkeit der angeordneten Tutel (l. 9 eod.); aber hier kann die Erbschaft auch begrifflich nicht als Träger der Tutel in der Zwischenzeit gedacht werden. Freilich ist auch eine Rückwirkung des Erwerbes der Tutel in dem Sinne, dass der Tutor auch schon für die Zeit der her. jac. als solcher zu betrachten wäre, nicht möglich, weniger deswegen, weil es sich um die rechtliche Qualität einer Person handelt (oben I. S. 247 A. 4, II. S. 35 A. 2), als deswegen, weil darunter das Interesse des Mündels leiden würde. Daher sagt Ulpian l. 10 pr. eod.: ‚Si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est,

§ 50 b) In Betreff der Accessionen.

Nach diesen allgemeinen, aus dem Wesen des dinglichen Legates abgeleiteten Gesichtspunkten hätten wir bei diesem Legat eine Pendenz des Eigenthums zwischen Legatar und Erben nicht bloss nach dem Erbschaftsantritte [1]), sondern auch vor demselben [2]). Es frägt sich aber, ob dieses Resultat auch in den praktischen Consequenzen eine Stütze findet, die sich aus demselben zu ergeben scheinen? Es könnte nämlich noch folgender Einwand erhoben werden: wenn der Eigenthumserwerb des Legatars auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückwirken würde, so müssten ihm ja auch die Accessionen und Früchte aus der Zeit der hereditas jacens gebühren; sofern aber dies nicht der Fall sein sollte, wäre damit ein Beweis gegen die Rückwirkung gegeben. Darauf ist zunächst zu erwiedern: allerdings wäre die Existenz eines solchen Nebenanspruches des

---

alium tutorem posse dari: quasi nondum sit nec speretur.‹ Beim kriegsgefangenen Hausvater wirkt wegen der Hoffnung auf dessen Rückkehr (l. 4 § 5 rem pup. 46, 6, l. 1 § 4 de muner. 50, 4) die patria potestas, welche an sich ja untergegangen ist (s. Anhang), doch in dem Sinne noch fort (vgl. l. 15 de Suis et legit. 38, 16), dass die Bestellung eines Tutor verhindert wird und es nur zur Aufstellung eines curator substantiae (‚ne in medio pereat‹) kommt: l. 6 § 4 de tutel. (26, 1), Bechmann jus postlim. S. 26 fg. — Aus jener Behandlung der tutela testamentaria lässt sich natürlich kein Argument gegen die Rückwirkung des Legatserwerbes ableiten; dagegen spräche schon die Ausdrucksweise Ulpian's (vgl. dazu l. 11 § 2 de accept. 46, 4 [oben I. S. 191], l. 169 § 1 de R. J.), welcher damit wohl das Bedenken aus dem Satze ‚tutorem habenti tutor dari non potest‹ (l. 27 pr. de test. tut. 26, 2) beseitigen will.

[1]) S. oben I. S. 404, II. S. 17 A. 4, S. 88 A. 6, S. 144 A. 2, S. 155 zu A. 5.

[2]) Vom Standpunkt der Sabinianer aber nur beim unbedingten Legat, beim bedingten ist der Erbe definitiver Zwischeneigenthümer, eine Rückwirkung kann es also hier nur für den Erben geben; vom Standpunkt der Proculianer aber ebenso beim bedingten wie beim unbedingten Legat.

Legatars ein Beweis für die Rückwirkung [1]); dagegen der Mangel desselben würde noch nicht zu dem Schlusse berechtigen, dass der Eigenthumserwerb an der Hauptsache selbst nicht zurückwirke, obzwar dann freilich dieser Rückwirkung eine geringe praktische Bedeutung zukäme.

A priori wird man in Betreff der per vindicationem legierten Sache doch wohl sagen müssen, dass, wenn der Erblasser den Erben von derselben überhaupt ausgeschlossen sehen will, wenn sie nach dem Willen des Erblassers direct aus dessen Vermögen in das des Legatars übergehen soll, es dann sicher auch seiner Intention entsprechen werde, dass auch jeder Vortheil von dieser Sache dem Legatar und nicht dem Erben verbleibe; thatsächlich trifft dies ja auch zu, wenn der Erwerb der Erbschaft seitens des Berufenen sofort mit dem Tode des Erblassers erfolgt: beim Suus et necessarius heres; beim heres voluntarius aber ist die hereditas jacens ja doch nur ein unvermeidliches Durchgangsstadium. Andrerseits kommt allerdings der formalistische Gesichtspunkt in Betracht [2]), dass die legierte Sache einstweilen, wie jede andere res hereditaria, nur einen Theil der universitas bildet, dass also rechtliche Veränderungen während dieser Zeit, mögen sie sich auch an einer einzelnen Erbschaftssache ereignen, immer die universitas selbst betreffen; und daraus scheint consequent zu folgen, dass alles, was aus der legierten Sache oder durch dieselbe neu entsteht, wie diese selbst zur Erbschaft gehöre und daher, wenn nicht besonders legiert, mit der Erbschaft an den Erben fallen müsse, während die legierte Sache selbst aus der Erbschaft ausscheidet [3]).

---

[1]) Nicht bloss für den wahrscheinlichen Willen des Erblassers wie bei Fideicommissen (vgl. Köppen succ. Entst. S. 66 A. 147).

[2]) Die strenge Natur des alten legatum mit seiner wörtlichen Auslegung (vgl. Arndts in Glück 46 S. 36) konnte sich in dieser Frage wohl beim Damnations-, nicht aber beim Vindicationslegat geltend machen. Selbstverständlich könnten bei letzterem nur die allgemeinen Grundsätze der rei vindicatio in Betreff der Accessionen und Früchte zur Anwendung kommen. (S. aber unten.)

[3]) Hiernach würde der Unterschied, ob der Erbe ein heres voluntarius oder necessarius ist, allerdings zur Geltung kommen; und ein Bei-

Eine Untersuchung dieser Frage für das alte Vindicationslegat bietet allerdings nach dem Stande der Quellen schier unüberwindliche Schwierigkeiten, besonders wenn man an die Umwälzungen in der Vermächtnislehre seit der Justinianischen Gesetzgebung denkt. Denn so sehr auch ausser Zweifel steht, dass es auch im neuesten römischen und im heutigen gemeinen Rechte noch immer auch Legate mit unmittelbarer dinglicher Wirkung unter der Voraussetzung gebe, dass es sich um eine zur Erbschaft gehörige Sache des Erblassers handelt, ist es ebenso wahr, dass auch diese Legate einen obligatorischen Charakter an sich tragen, wie er schon vor Justinian längst vorbereitet war und durch diesen noch schärfer zum Ausdrucke gelangte [1]). Es ist daher auch begreiflich, dass in Betreff unserer Frage in der Literatur vorzugsweise auf diesen Stand des römischen Rechts Bezug genommen wird. Gleichwohl wäre es von Interesse, die einschlägigen Fragen ausschliesslich vom Standpunkt des reinen Vindicationslegats in seiner ursprünglichen Gestalt einer Untersuchung zu unterziehen. Wir können uns hier selbstverständlich nur auf wenige Bemerkungen beschränken; dabei fassen wir zunächst die Früchte der legierten Sache in's Auge, — ein Punkt, der auch für das österreichische Recht ein besonderes Interesse hat.

1. In Betreff der Früchte [2]).

Was zunächst das bedingte Legat betrifft, so kann vom (recipierten) Standpunkt der Sabinianer ein Zweifel nicht bestehen:

---

spiel davon findet sich in l. 68 § 1 de leg. I. (Gaius sagt allerdings: „probabilius dicitur").

[1]) S. bes. Arndts in Glück 46 S. 36 fg., 56 fg.; 70 fg., 120 fg.; 48 S. 255 fg. (civil. Schr. II. S. 449 fg., Pand. § 560 A. 1); Salkowski eod. 49 S. 1 fg.; S. 584 fg. — Windscheid III. § 623, § 646 A. 1 fg.; Vangerow II. § 531; Köppen Jahrb. f. Dogm. V. S. 201 A. 187. (Oben I. S. 394 fg.). Vgl. dagegen Ferrini in Rendiconti d. J. Lomb. 1891 v. 24 f. 5.

[2]) Literatur bei Windscheid III. § 647 A. 13 (II. § 327 A. 6); insbes. Arndts in Glück 48 S. 342 fg.; Brügger über den Anspruch des Singularvermächtnisnehmers auf die Früchte (1877); Salkowski

ist vom Erbschaftsantritte bis zur Erfüllung der Bedingung der Erbe Eigenthümer der legierten Sache, und zwar definitiv [1]), so gehören ihm nothwendig auch die Früchte derselben, sowohl für diese Zeit, wie für die der hereditas jacens [2]). Vom Standpunkte der Proculianer, demzufolge während jener Zeit weder der Erbe noch der Legatar Eigenthümer sein soll, ist wieder klar, dass vom Erbschaftsantritte die Früchte entweder dem Legatar oder dem Erben gebühren, jenachdem die Bedingung sich erfüllt und der Legatar agnosciert, oder aber eine dieser beiden Voraussetzungen fehlt; denn dass der Agnition bezw. Repudiation des Legatars rückwirkende Kraft zukomme, kann nicht zweifelhaft sein [3]). Für die Zeit vor dem Erbschaftsantritte gilt das Folgende [4]).

In Betreff des unbedingten Legates lässt sich der Stand der heutigen Doctrin folgendermassen präcisieren: die meisten Schriftsteller lehren, dass die Vermächtnisforderung als solche, also abgesehen vom Streitbeginne oder früherem Verzuge oder einer besonderen Anordnung des Erblassers, nicht auch auf die Früchte und Zinsen der vermachten Sache sich erstrecke. Dieser Lehre steht die Ansicht gegenüber, dass wenigstens beim Legate mit dinglicher Wirkung dem Legatar die Früchte vom Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes gehören; hingegen die vor dem Erbschaftsantritte gewonnenen Früchte sollen nie dem Legatar, sondern dem Erben gebühren.

---

in Glück 49 S. 426 fg. (er unterscheidet scharf zwischen Vorjustinianischem und Justinianischem Recht — S. 448 fg., 496 fg. —, zwischen Damnationslegat bezw. Fideicommiss, und Vindicationslegat — S. 429 fg., 479 fg. —). Vgl. ferner Ihering passive Wirk. S. 259 fg., 278 fg.; Köppen success. Entsteh. S. 46, 67 fg., dogm. Jahrb. V. S. 202; Fitting Rückzieh. S. 96 fg. Nr. 5.

[1]) Oben II. S. 144 A. 2.

[2]) Vgl. l. 32 § 1 de leg. II. (Salkowski a. a. O. S. 481, 499); l. 16 de statulib. (40, 7).

[3]) S. die vorige Anmerkung.

[4]) Allgemein über die Früchte der Zwischenzeit beim bedingten Erwerbe: Lit. in Arndts Pand. § 71 A. 4 i. f. S. auch Mitteis Stellvertr. S. 255.

1. Für die Zeit nach dem Erbschaftsantritte steht uns ausser Zweifel, dass das, was die herrschende Lehre sagt, nur auf das Legat mit obligatorischer Wirkung passe, nicht auch auf das mit dinglicher Wirkung [1]). Im ersteren Falle ist der Erbe nur „quasi ex contractu" verpflichtet, die Sache in's Eigenthum des Legatars zu übertragen, er kann daher für die Früchte und Zinsen nur von einem der erwähnten Zeitpunkte zu haften haben. Beim dinglichen Legate, wenn es mit dem Erbschaftsantritte ipso jure in's Eigenthum des Legatars fällt [2]), ist nicht zu begreifen, wie dem Legatar von diesem Zeitpunkte nicht auch die Früchte der Sache gebühren sollen, — es müsste denn das Gegentheil in den Quellen ausdrücklich erklärt sein [3]). Was nun die von der herrschenden Lehre beigebrachten Quellenzeug-

---

[1]) So insbesondere Arndts a. a. O. S. 343 fg.; dagegen Brügger a. a. O. S. 10 fg. (Lit. Cit. [ohne die vorige Schrift]: S. 13, 28 fg., 37 fg.); Salkowski a. a. O. S. 479 fg. (Literärgeschichtl. S. 514 fg., bes. S. 517 fg. [S. 479 A. 90]). Letzterer Schriftsteller gibt aber wenigstens zu, „dass es im klassischen Recht zweifelhaft bleibt, ob dem das Vermächtnis kennenden Erben beim Vindicationslegat der Ertrag der Sache überhaupt zufalle" (S. 496).

[2]) Beim Erfordernis der Agnition (Proculianer) würde die rückwirkende Kraft derselben wohl zu dem gleichen Resultate führen. Vgl. aber Salkowski a. a. O. S. 493 A. 109 (mit Cit.); aber auch S. 479 A. 89.

[3]) Die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung an sich wird wohl anerkannnt: z. B. von Brügger a. a. O. S. 18, Salkowski a. a. O. S. 479, 493, 503. Der Einwand, dass die Früchte ja nicht immer dem Eigenthümer gebühren, sondern z. B. dem Usufructuar, dem redlichen Besitzer (Lauterbach: bei Brügger a. a. O. S. 29; s. auch Salkowski a. a. O. S. 479 fg.), kann gegen jene Conclusion doch nicht aufkommen. Salkowski aber macht auch geltend, dass das Verhältnis des Erben zum Legatar beim Vindicationslegat nicht identisch sei mit dem eines Besitzers zum Eigenthümer, u. z. wegen des das Legat begleitenden Obligationsnexus, dass daher auch die Verpflichtungen des Erben nicht ausschliesslich nach den für den bonae und malae fidei possessor geltenden Grundsätzen beurtheilt werden können (S. 503 fg.).

Dieser Gesichtspunkt ist zweifelsohne von Bedeutung; denn in der That erfahren jene Grundsätze hier manche Modification. Dass aber die an das dingliche Rechtsverhältnis sich knüpfenden Wirkungen durch die Obligation eine Abschwächung oder Beseitigung erfahren sollten, liesse

nisse betrifft [1]), so wird wenigstens zugegeben werden müssen, dass sie grösstentheils den Fall eines Fideicommisses im

sich schwer begreifen; vielmehr kommt zur dinglichen Klage noch die persönliche Klage auf Realisierung derselben (Salkowski S. 497 fg.; 49 fg.; 323 fg.). Dass nicht schon die Kenntnis des Erben vom Legat mala fides desselben begründe, ist sicher richtig, da er im Gegentheile verpflichtet ist, die Sache einstweilen in Besitz zu nehmen und zu bewahren und da überdies die Möglichkeit besteht, dass der Legatar repudiiert (Salkowski S. 505 fg.). Aber daraus scheint doch nicht zu folgen, dass dem Erben auch bei solcher Kenntnis die Früchte gebühren (vgl. Salkowski S. 493 A. 109); daher glauben wir, dass der Erbe nur dann von der Restitution der Früchte befreit sei, wenn er sie in Unkenntnis des Legates bezogen und consumiert hat (vgl. die später zu erwähnende l. 40 de acquir. r. d. 41. 1). Dass der Erbe nicht auch die Pflicht zur Gewinnung von Früchten habe, darin ist Salkowski (S. 508 fg.) gewiss beizustimmen, nur glauben wir nicht deswegen, weil die Früchte dem Erben selbst gebühren würden, sondern deswegen, weil seine blosse Kenntnis vom Legate ihn noch nicht zu einem malae fidei possessor macht, so lange er sich nicht seiner (event.) Restitutionspflicht entziehen will. (Vgl. Salkowski a. a. O. S. 506, 507, 511 fg., ferner die in Anm. 126 cit. l. 21 de hered. vend. 18, 4). Uebrigens spricht Salkowski — im Gegensatze zu Brügger — dem Erben beim Vindicationslegat die Früchte nicht bis zur mora zu, sondern nach dem Gesichtspunkte, dass der Erbe nach der Annahmeerklärung des Legatars als dessen Vertreter zu betrachten sei, nur bis zu diesem Zeitpunkte, von da an dem Legatar, u. z. nach Justinianischem wie nach classischem Rechte (S. 507 fg., 510 fg.; vgl. dazu die S. 520 cit. Schriftsteller). Nun kommt aber noch hinzu die Betonung der Vermächtnisobligation (S. 504), und diese soll für den Onerierten unter Voraussetzung seines Erbewerdens schon vom Tode des Erblassers an bestehen (S. 57). Sollte sich dieser Gesichtspunkt nicht auch in Betreff der Früchte wirksam erweisen? Ueberhaupt kommt anderenfalls eine grosse Disharmonie heraus zwischen der Stellung des Erben und der eines dritten Besitzers des Vermächtnisgegenstandes (S. 512 fg.), die in dem Obligationsnexus des ersteren schwerlich eine Begründung findet.

[1]) S. die Citate bei Windscheid a. a. O. A. 14 fg.; Salkowski a. a. O. S. 429 fg.; Brügger a. a. O. Auch in Betreff jener Stellen, welche von der Einrechnung in die Falcidische Quart sprechen und sagen, dass die Früchte nicht eingerechnet, sondern vom Erben lucriert werden, kommt immer zu untersuchen, welcher Natur das Vermächtnis ist und ob es sich überhaupt um Früchte von der vermachten

Auge haben [1]). Für das Singularfideicommiss ist auch der Standpunkt des vorjustinianischen Rechtes allerdings ganz klar [2]), selbst für den Fall, dass eine eigene Sache des Erblassers den Gegenstand desselben bildet [3]); und für das Universalfideicommiss gilt das Prinzip, dass jeder vor dem Erbschaftsantritte erzielte Gewinn dem Fideicommissar zu restituieren sei, nicht aber auch der seit jenem Zeitpunkte gewonnene Nutzen, selbst nicht bei erzwungenem Antritte [4]). Der Grund davon ist, dass der Fiduciar die Erbschaft zu restituieren hat, also mit allen Accessionen und Früchten, durch welche ja die Erbschaft vorzugsweise vermehrt wird [5]), während die nachher erzielten Früchte nicht mehr „der Erbschaft", die nicht mehr existiert, sondern dem Erben erworben werden [6]). — Wie steht es nun aber mit den Legaten im vorjustinianischen Rechte? Die herrschende

---

Sache handelt. Vgl. l. 15 § 6, l. 30 pr., l. 73 pr. ad l. Falc. (35, 2), § 2 J. de l. Falc. (2, 22); l. 8 § 11 de inoff. test. (5, 2).

[1]) Allerdings dürfen sie vom Standpunkt des Justinianischen Rechtes nicht auf diesen Fall beschränkt werden, s. Brügger a. a. O. S. 20 fg., Salkowski a. a. O. S. 500 fg. Wenn aber Brügger a. a. O. S. 19 fg. sich auf die allmälige Gleichstellung der Legate und Fideicommisse beruft, so ist dieser Gesichtspunkt für die Beurtheilung der Frage nach dem neueren römischen Rechte gewiss nicht ohne Bedeutung (vgl. Keller Pand. § 573, Vering Erbr. S. 735 fg.); hier aber kommt es vorzüglich auf das ältere Recht an.

[2]) S. besonders Salkowski a. a. O. S. 429 fg., 437 fg.

[3]) Vgl. l. 42 de usur. (22, 1); dazu Arndts a. a. O. S. 345 fg., der sie allerdings vom Standpunkt des Justin. Rechts in einem anderen Sinne verwerthet, als sie von Modestin gemeint sein konnte; ferner Brügger a. a. O. S. 13—15; Salkowski a. a. O. S. 440 fg.; S. 480, 499. S. ferner l. 18 pr. ad S. C. Treb. (36, 1).

[4]) L. 27 § 1 ad S. C. Treb. (36, 1), l. 18 pr. § 2, l. 22 § 2, l. 44 § 1 eod.; Vangerow Leitf. II. § 536 A. II. i. f.

[5]) S. oben I. S. 217 A. 2, 3.

[6]) Windscheid III. § 652 A. 20, § 666 A. 8; Vangerow II. § 536 A. Nr. IV, § 558 A. 1, 2, insbes. auch Salkowski a. a. O. S. 443 fg. In Betreff der letzteren Zeit besteht bei erzwungenem Antritt freilich ein Widerspruch gegen das Prinzip, dass dem Fiduciar kein Vortheil verbleiben soll. In Betreff der ersteren Zeit ist nicht unwichtig l. 19 § 2

Lehre beruft sich vorzüglich auf die c. 4 C. de usur. (6, 47) von Gordian:

„In legatis et fideicommissis fructus post litiscontestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem, sive in personam agatur."

Hier werden also die Legate neben den Fideicommissen genannt; als Zeitpunkt, von welchem die Früchte dem Legatar gebühren, wird der der Litiscontestation, nicht der des Todes des Erblassers bezeichnet; und es wird für gleichgiltig erklärt, ob mit der dinglichen oder mit der persönlichen Klage vorgegangen wird.

Durch den letzten Zusatz scheint selbst die Beschränkung dieser Constitution auf die Legate mit obligatorischer Wirksamkeit [1]) ausgeschlossen, vielmehr auch beim Legate mit dinglicher Wirksamkeit der Anspruch auf die Früchte erst vom Zeitpunkte der Litiscontestation verliehen zu werden; und diese Ansicht ist in der Literatur vertreten [2]). Von einer Seite wurde der Schwierigkeit damit zu begegnen gesucht, dass bei dem „in rem agere" an die alte in rem missio des Fideicommissars [3]) zu denken sei; von anderer Seite aber wurde dieser Ausweg, wohl mit Recht, verworfen [4]). Hingegen wurde, was das „post litiscontestationem" betrifft, geltend gemacht, es sei zwar für alle Arten von Vermächtnissen richtig, dass der Geklagte nach diesem Zeitpunkte auf Ersatz der Früchte hafte; derselbe hafte aber auch schon

---

eod. (36, 1): ›Quotiens quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis; fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.‹ Die Glosse fügt zu ›fructus autem‹ hinzu: ›percepti post aditionem‹.

[1]) Vgl. die c. 1, 2 C. de usur. et fruct. (6, 47), l. 34 de usur. (22, 1), wo ebenfalls ›legata et fideicommissa‹ erwähnt sind; s. dazu Salkowski a. a. O. S. 430.

[2]) S. z. B. Windscheid III. § 647 A. 14; insbes. Brügger a. a. O. S. 22 fg., Salkowski a. a. O. S. 487 fg.

[3]) Hierüber: Pauli r. s. IV. 1 § 15; c. 1, 3 § 2 C. comm. de leg. (6, 43); dazu Salkowski a. a. O. S. 618 fg.

[4]) Windscheid a. a. O.; Arndts a. a. O. 48 S. 347; Brügger a. a. O. S. 23; Salkowski a. a. O. S. 490 A. 104.

vom Augenblicke der mora dafür, wenn diese früher eintrete[1]); das obige Rescript könne also keine entscheidende Auskunft darüber geben, was in Betreff der vor der Litiscontestation gezogenen Früchte in allen Fällen Rechtens sei[2]). Und so wurde denn für das dingliche Legat die Ansicht vertreten, dass hier dem Legatar die Früchte schon vom Augenblick des Erbschaftsantrittes gebühren[3]). Wenn aber gleichzeitig gesagt wird, das

---

[1]) Windscheid a. a. O.; Arndts a. a. O. S. 348 A. 28, 29. Salkowski S. 487 fg. Die in der vorigen A. 1 cit. Stellen sprechen auch nur von der Litiscontestation.

[2]) So Arndts a. a. O. S. 350 (348 fg.). Gegen diese Argumentation: Salkowski a. a. O. S. 488 A. 3. Brügger a. a. O. S. 22 fg. meint sogar, es könne beim Ausdrucke „post litiscontestationem" subintelligiert werden: „mora non praecedente". Vgl. auch eod. S. 8 fg.

[3]) So insbes. Arndts a. a. O. S. 343 fg.; andere Schriftsteller: eod. S. 351 A. 35, bei Brügger a. a. O. S. 13, 17 fg., 37, bei Salkowski a. a. O. S. 514 fg. — Salkowski selbst S. 489 (dazu S. 500) findet in unserer c. 4, vorausgesetzt, dass der Schlusssatz nicht interpoliert ist, einen directen Beweis, dass wenigstens zu Gordian's Zeit auch beim Vindicationslegat, abgesehen von der mora, Früchte erst seit der Litiscontestation gebühren. Ebenso erblickt Brügger für diesen Satz (a. a. O. S. 13 fg., S. 38) den vorzüglichsten Beweis in der c. 4 cit., wobei er freilich zu den Worten „post litiscontestationem, non ex die mortis", welche im Gegensatze zu den anderen bezüglichen Stellen unsere Frage in positiver und negativer Form beantworten (?), subintelligieren will: „nec ex die aditae hereditatis" (S. 23, 24). Einen indirecten Beweis für seine Ansicht glaubt er in den Bestimmungen über das fideicommissum tacitum und über das Vermächtnis ad pias causas zu finden, sofern in beiden Fällen die Früchte von einem früheren Zeitpunkt nur zur Strafe entrichtet werden müssen, mithin arg. a contr. für andere Vermächtnisse das Gegentheil gelte (S. 25—28). Aber in Betreff des ersteren Falles mag zwar der Einwand, dass die betreffenden Bestimmungen (l. 17 § 2 de usur. 22, 1, l. 18 pr. de his quae ut indign. 34, 9) sich nicht auf den Fall einer res testatoris propria legata beziehen, unstichhältig sein, gewiss aber nicht auch der Einwand, dass es sich um ein Fideicommiss handle. In Betreff des zweiten Falles ist der Schluss, dass die (nov. 131 c. 12, c. 46 § 4 C. de episc. 1, 3) angeordnete Prästierung der Früchte vom Tode des Erblassers gerade nur als Gegensatz zur sonstigen Prästierung von der mora bezw. Litiscontestation,

„in rem agere“ könne zu Gordian's Zeit nur auf das Vindicationslegat bezogen werden [1]), so könnte wohl auch zugegeben werden, dass die Stelle sich nicht correct ausdrücke, wenn sie dem Legatar die Früchte allgemein erst von der Litiscontestation zuspricht [2]).

Dass beim dinglichen Legat die Früchte dem Legatar in der That vom Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes gebühren, scheint uns durch eine andere dafür geltend gemachte [3]) Stelle allerdings ausser Zweifel gestellt. Es ist das fragm. Vat. § 44 aus Ulp. lib. II. resp.:

> „— fructus ex fundo per vindicationem pure relicto [4]) post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere; colonum autem cum herede ex conducto habere actionem“ [5]).

---

und nicht auch zur Prästierung vom Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes gedacht sei, — keineswegs zwingend. (Wir werden auf diesen Punkt noch zurückkommen.)

[1]) Arndts a. a. O. S. 347. Ueber den Fortbestand des Unterschiedes von Vindications- und Damnationslegat bis Justinian s. Arndts a. a. O. 46. Th. S. 51 fg., 48. Th. S. 329 fg. (gegen Köppen succ. Entst. S. 72 fg.)

[2]) Ferrini a. a. O. S. 391 fg. glaubt die Schwierigkeit damit zu beheben, dass die Worte ‚sive in rem etc.‘ ein Justinianischer Zusatz seien, da es ja für die gleichfalls erwähnten Fideicommisse keine dingliche Klage gab; und dass Gordian gesagt habe: ‚In legatis (per damnationem vel sinendi modo relictis) et fideicommissis etc.‘ Ueberdies beruft er sich auf die c. 1 eod. (6, 47).

[3]) Arndts a. a. O. S. 344; Ferrini a. a. O. S. 391, der auch meint, diese Stelle stehe selbst der Annahme, dass die Früchte dem Legatar ex tempore mortis gebühren, nicht im Wege. Anders Salkowski a. a. O. S. 480, 499.

[4]) In der entsprechenden Digestenstelle l. 120 § 2 de leg. I. heisst es statt ‚per vindicationem pure relicto‘: ‚pure legato‘.

[5]) Der Rechtsfall ist folgender: Der Erblasser hatte sein Grundstück verpachtet, dasselbe aber dann per vindicationem legiert. Nach seinem Tode und nach dem Antritte seiner Erbschaft hat der Legatar die Früchte des Grundstückes percipiert. Die Entscheidung lautet: die Früchte gehören dem Legatar, der Pächter kann sich nur an den Erben halten, auf welchen die Verpflichtung aus dem Pachtvertrage übergegangen ist.

Der Umstand, dass im Falle dieser Stelle der Legatar selbst die Früchte bezogen hat [1]) und daher zu einer Klage keinen Anlass hatte, kann ihre Beweiskraft für die Annahme, dass ihm die Früchte schon vom Erbschaftsantritte gebühren, unmöglich beeinträchtigen [2]). Sie fordert nun aber auch zur Frage heraus, ob mit ihr die obige Constitution Gordian's nicht im Widerspruch stehe? oder ob nicht doch die letztere nur Legate mit obligatorischer Wirkung im Auge habe? Denn für diesen Fall ist ihre Entscheidung einleuchtend: sowohl dass die Früchte dem Legatar nicht schon vom Tode des Erblassers, als dass sie ihm von der Litiscontestation angefangen zukommen. Zur Beantwortung jener Frage erscheint es zweckmässig, auf andere Stellen Rücksicht zu nehmen, in denen ebenfalls Legate und Fideicommisse neben einander genannt werden und unmöglich alle Arten von Legaten gemeint sein können. Gaius II. 280 [3]) sagt:

> „Fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur, idque rescripto divi Hadriani significatur; scio tamen, Juliano placuisse, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem juris esse, quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis obtinere video."

Nach dieser Stelle sollte man allerdings glauben, dass bei den Legaten — mit Ausnahme des legatum sinendi modo —

— Ein Fall, in welchem der Legatar als Besitzer der Sache die Früchte bezogen hat, ist auch erwähnt in l. 32 § 1 de leg. II; s. Arndts a. a. O. S. 432 A. 21; dagegen Salkowski a. a. O. S. 481.

[1]) Darauf legt Windscheid a. a. O. A. 14 das Gewicht; ebenso Brügger a. a. O. S. 15 (S. 3); S. 21; Salkowski a. a. O. S. 481 A. 91.

[2]) Arndts a. a. O. S. 345 fg. beruft sich ausserdem auf l. 42 de usur. (22, 1) von Modestin (s. oben II. S. 166 A. 3); anders Brügger a. a. O. S. 13 fg., der die Beweiskraft dieser Stelle wie auch der l. 86 § 2 de leg. I. (eod. S. 16) ablehnt, sofern die letztere Stelle nur die Wirkung des Antrittes auf die vermachte Sache selbst, nicht auch auf deren Früchte behandle. Aber sie behandelt doch immerhin die Wirkung auf den vom vermachten Sklaven gemachten Erwerb.

[3]) Vgl. Brügger a. a. O. S. 19 i. f.

dem Legatar überhaupt kein Anspruch auf Früchte und Zinsen zugekommen sei; und dies wurde auch behauptet [1]). Wenn sich aber dieser Standpunkt für das Damnationslegat aus dessen strenger Natur erklären lässt [2]), wäre er für das Vindicationslegat unerklärlich — nach der Theorie der Sabinianer wenigstens im Falle der Unbedingtheit, nach der der Proculianer überhaupt —: ist der Legatar mit dem Erbschaftsantritte ipso jure Eigenthümer, kann er also sofort vindicieren, warum sollten hinsichtlich der Früchte der Sache nicht die sonstigen Grundsätze der rei vindicatio zur Anwendung kommen? Wird er aber erst mit seiner Agnition, jedoch mit rückwirkender Kraft, Eigenthümer, so ist die Sachlage dieselbe. Daher kann Gaius nur an das Damnationslegat gedacht haben. Dafür spricht auch seine ganze Ausdrucksweise [3]); auch fehlen bei dem Vergleiche zwischen Fideicommissen und Legaten, den er im Zusammenhange der obigen Stelle macht [4]), für das Vindicationslegat zum Theile die begrifflichen Voraussetzungen. Dass beim legatum sinendi modo in Betreff der Früchte das Gleiche wie beim Fideicommiss gelten soll, lässt sich wohl nur daraus erklären, dass dieses Legat, obzwar in gewisser Beziehung eine Mittelstellung zwischen Vindications- und Damnationslegat einnehmend [5]), doch seinem Wesen nach obligatorischer Natur und überdies schwächer ist als das Damnationslegat [6]).

---

[1]) Vering Erbr. S. 735, 736. S. auch Savigny Syst. VI. S. 155.

[2]) Vgl. Arndts a. a. O. 46. Th. S. 48, S. 75, insbesondere S. 76. Ueber die spätere Aenderung dieses Standpunktes s. bes. Salkowski a. a. O. S. 432 fg. u. A. 14.

[3]) Was sollen hier die Ausdrücke „mora", „usurae", „deberi"? wenigstens gegenüber dem Erben als bonae fidei possessor? Allerdings wird der Erbe ein solcher nicht immer sein; vgl. l. 40 de acquir. r. d. (41, 1). Ueber diese Frage s. Ihering passive Wirk. S. 260, Arndts a. a. O. S. 348 fg.; Brügger a. a. O. S. 29 fg., 41 fg.; Salkowski a. a. O. S. 503 fg.; S. 323 (s. auch oben S. 165 in A. 3).

[4]) Gaius II. 268 fg., bes. 282 fg.

[5]) Arndts a. a. O. Th. 46 S. 25.

[6]) Gaius II. 210; 214, 215. Salkowski a. a. O. S. 431 fg. begründet es mit der intentio incerti und mit der Verpflichtung zum blossen sinere, pati. — Vgl. zu unserer Stelle: l. 23 de leg. I., Arndts a. a. O. S. 32.

Ferner kommt in Betracht ein Ausspruch von Paulus in seinen rec. sent. III. 8 § 4, welcher lautet:

„Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt; mora autem fieri videtur, quum postulanti nõn datur."

Hier werden Legate und Fideicommisse in Bezug auf Früchte und Zinsen geradezu einander gleichgestellt; dass aber die Stelle sich nicht auch auf die Legate mit dinglicher Wirkung beziehen könne, ergibt sich aus den soeben geltend gemachten Gründen [1]); ob sie sich auf alle obligatorischen Legate beziehe, können wir hier dahin gestellt sein lassen [2]).

Endlich ist eine Entscheidung von African in l. 40 de acquir. r. d. (41, 1) von Bedeutung [3]): hier wird der Erbe, welcher von dem Vermächtnis eines dem Erblasser gehörigen Grundstückes Kenntnis hat, dem Erben gleichgestellt, welcher die Freiheit eines dem Erblasser bona fide serviens kennt [4]), und es werden ihm die Früchte des Grundstückes abgesprochen:

---

[1]) Es ist wieder von mora, praestare, usurae die Rede. Brügger a. a. O. S. 20 zieht wieder gerade aus jener Gleichstellung und der Betonung der Mora den entgegengesetzten Schluss. Savigny Syst. VI. S. 155 meint, dass der Satz, die mora begründe an sich, vor allem Rechtsstreit, die Forderung von Verzugszinsen und allen anderen Früchten, Anfangs bloss bei den Fideicommissen, später auch beim legatum sinendi modo, zuletzt auch beim Damnations- und Vindicationslegate gegolten habe. Für das Vindicationslegat beruft er sich (Anm. l.) auf l. 51 pr. fam. erc. (10, 2); dagegen Arndts a. a. O. 48. Th. S. 352. — Zu der Frage, ob mora nur in obligatorischen Verhältnissen möglich sei, vgl. Unger II. S. 539 A. 22. Interessant l. 47 pr. de leg. I. S. auch oben II. S. 157 A. 5.

[2]) Huschke jurispr. antejust. bemerkt — im Hinblicke auf Gaius II. 280 —, dass vor ‚legatorum' ausgelassen zu sein scheine: ‚sinendi modo'. Salkowski a. a. O. S. 433 aber beruft sich gerade auf diese Stelle für die Ausdehnung der in Rede stehenden Haftung auf das Damnationslegat.

[3]) Hierüber Brügger a. a. O. S. 33 (mit Citat.); Pernice Labeo II. S. 173; Czyhlarz in Glück, Serie d. B. 41, 42 S. 545 fg.; Salkowski a. a. O. S. 490 fg. (498, 520).

[4]) Ueber diesen Fall s. auch Salkowski Sklavenerwerb S. 156 fg.

„— si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet".

Dass diese Stelle für die Ansicht, beim dinglichen Legat gebühren dem Vermächtnisnehmer (als Eigenthümer) auch die Früchte, es müsste denn der Erbe sie bona fide bezogen haben, — eine kräftige Stütze bilde, wurde wohl immer zugegeben [1]; man hat sich aber mit ihr in der Weise abgefunden, dass hier die Früchte dem Erben nur wegen einer besonderen Arglist desselben abgesprochen werden [2]. Wir vermögen in dieser Stelle nur den Satz zu finden, dass der Erbe die Früchte der vermachten res propria testatoris nicht erwerbe, er müsste denn als bonae fidei possessor von der Restitution der Früchte entbunden sein [3]. —

Wenn nun nach all' dem Gesagten für die oben citierte Constitution Gordian's (c. 4 C. de usur. 6, 47) anzunehmen ist, sie habe nur Legate mit obligatorischer Wirkung im Auge, entsteht allerdings die Frage, wie das „in rem agere" derselben aufzufassen sei? Der Gedanke an die, von Justinian abgeschaffte [4] missio in possessionem des Fideicommissars mag immerhin abgelehnt werden [5]. Die eigentliche Vindicationsklage, an welche die meisten denken [6], setzt nach vorjustinianischem Rechte jedenfalls das Legat einer res propria testatoris voraus, wie die herrschende

---

[1] S. die Anm. 3 cit. Schriftsteller, bes. Salkowski S. 486, 490, 493.

[2] So (mit Faber und Lauterbach) Brügger a. a. O. S. 33 fg.: die Stelle setze, wie der Zusammenhang lehre, eine bestimmte, unredliche Absicht des Erben voraus. Aehnlich Salkowski a. a. O. S. 494 fg.: dem Erben werden hier wegen seiner besonderen Arglist, d. h. Benützung der Unkenntnis des Legatars vom Vermächtnis, die Früchte abgesprochen. (S. auch S. 511 fg., 303.)

[3] Vgl. die Schlussworte der Stelle: „— quo casu fructus praediorum consumtos suos faciat bona fide possessor . . ."

[4] Const. 1 Cod. comm. de leg. et fideicomm. (6, 43); c. 3 § 2 eod. Arndts in Glück 46 S. 49, 58; Salkowski eod. 49 S. 618 fg.

[5] Oben II. S. 167 A. 4.

[6] Windscheid III. § 647 A. 14; Arndts a. a. O. 48 S. 347 fg., Brügger a. a. O. S. 22 fg.; Salkowski a. a. O. S. 487.

Lehre auch die von Justinian dem Legatar verliehene in rem actio [1]) an diese Voraussetzung knüpft [2]); wer aber beim dinglichen Legat die Früchte dem Legatar vom Erbschaftsantritte zuschreibt [3]), kann in der Constitution Gordian's das „in rem agere" unmöglich im Sinne der gewöhnlichen rei vindicatio verstehen. Auch die mit Justinian's in rem actio nicht identische [4]) sog. „utilis in rem actio" soll ausser Combination bleiben, obwohl nicht geleugnet werden kann, dass eine solche für den Legatar nach Analogie anderer Anwendungsfälle auch ohne den ipso jure erfolgenden Eigenthumserwerb immerhin denkbar wäre. Hingegen lässt sich doch ziemlich ungezwungen an die actio hypothecaria aus einer vom Erblasser bestellten Hypothek denken, sofern ja nach Justinian's Bericht schon früher der Fall solcher Bestellung kein seltener war, was dann ihn selbst zur Gewährung der actio hypothecaria auf Grund eines gesetzlichen Pfandrechts des Legatars bestimmte [5]). Bei solcher Annahme wäre der sonstige Widerspruch mit dem fragm. Vat. 44 vollkommen beseitigt [6]).

2. Was die Zeit vor dem Erbschaftsantritte betrifft, so scheint über das Eigenthum der Früchte von der legierten Sache ein Zweifel überhaupt nicht zu bestehen; wenigstens wird jetzt allgemein gelehrt, dass die Früchte aus der Zeit der hereditas jacens nie dem Legatar, sondern immer dem Erben gebühren, es müsste denn der Erblasser das Gegentheil angeordnet haben oder ausnahmsweise das Gesetz es verfügen [7]). Diese Lehre stützt sich auf äussere und innere Gründe. In ersterer Beziehung können jedoch die vielen Quellenstellen, welche den Fruchterwerb

---

[1]) Const. 1 cit., c. 2 eod., §§ 2, 3 J. de leg. (2, 20).

[2]) Oben II. S. 162 A. 1.

[3]) Oben II. S. 164 fg.

[4]) Gegen Marezoll Zeitschr. f. Civ. R. u. Proz. IX. S. 290 fg. s. bes. Arndts in Glück 46 S. 59 fg. (Pand. § 560 A. 1, civ. Schr. II. S. 449 mit Citaten; dazu auch Windscheid III. § 646 A. 1.)

[5]) Const. 1 C. cit.; Arndts a. a. O. S. 71 (Pand. § 575 A. 1), Salkowski eod. 49. Th. S. 669 fg.

[6]) Vgl. auch die l. 91 § 7 de leg. I.

[7]) Vgl. vorläufig Brügger a. a. O. S. 42 fg.

des Legatars an den Eintritt der mora des Erben oder an die Litiscontestation knüpfen, wohl nicht als Beweis gelten, sofern sie nicht ein Legat mit dinglicher Wirkung voraussetzen [1]). Wenn ferner das cit. frag. Vat. 44 gerade für das Vindicationslegat die vom Legatar nach dem Erbschaftsantritte percipierten Früchte diesem selbst zuerkennt, so ist das argumentum a contrario für die Zeit vor dem Erbschaftsantritte wieder nicht zwingend [2]), sofern dem Juristen nur die Entcheidung jenes Falles oblag und der Fall, dass der Legatar schon vor dem Antritte des Erben sich im Besitze der Sache befand [3]), hier wohl nicht in Frage kam, nachdem die Sache einem Dritten verpachtet war [4]). Die Gordianische Constitution (4 C. de usur. 6, 47) ferner spricht allerdings dem Legatar die Früchte „ex die mortis" rundweg ab, und darin erblickt die herrschende Lehre auch für das dingliche Legat („in rem agere") den positiven Beweis dafür, dass die Früchte, wenn nicht vor der Litiscontestation, so doch vor

---

[1]) Savigny Syst. VI. S. 155 fg. bemerkt, dass die Stellen, welche bald die mora, bald die Litiscontestation als Anfangspunkt der Verpflichtung zur Entrichtung von Früchten und Zinsen bezeichnen, nicht so zu verstehen seien, als ob über diesen Gegenstand ein Streit, oder eine Verschiedenheit des älteren und des neueren Rechtes bestanden hätte; dass beide Ausdrücke nur den gemeinsamen Gegensatz feststellen sollten „gegen die auch wohl denkbare Meinung, nach welcher Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes an zu rechnen gewesen wären. Diese Meinung sollte durch alle jene Stellen vorzugsweise zurückgewiesen werden". Dabei beruft er sich (N. m.) auf die c. 4 C. cit. (6, 47).

[2]) Arndts a. a. O. S. 344 fg. meint allerdings: „Der Pachter hatte bis zur Antretung der Erbschaft das Recht, die Früchte zu beziehen; nach Antretung der Erbschaft steht dies Recht dem neuen Eigenthümer, d. i. dem Legatar, zu, der an den Pachtvertrag nicht gebunden ist . . ." Vgl. auch Brügger a. a. O. S. 42 A. *.

[3]) Oben II. S. 169 A. 5.

[4]) Hätte also der Pächter als Besitzer die Früchte bezogen, so wäre er gegenüber dem Legatar, wenn dessen Eigenthumserwerb zurückwirken würde, auch für die Zeit vor dem Antritte in derselben Stellung wie nach dem Antritte, in der Stellung eines dritten Besitzers (hierüber Arndts a. a. N. S. 343 fg.), — nur dass er im Allgemeinen wohl als bonae fidei possessor zu behandeln käme.

dem Erbschaftsantrantritte dem Erben gehören [1]). Wenn aber zugegeben wird, dass der Ausspruch, die Früchte gehören dem Legatar erst von der Litiscontestation angefangen, nicht auch für das dingliche Legat gelten könne [2]): wie soll gerade der Ausspruch, die Früchte gebühren dem Legatar nicht schon vom Tode angefangen, sich auch auf das dingliche Legat beziehen [3])?

Von den sachlichen Gründen, aus denen dem Legatar jeder Anspruch auf die vor dem Erbschaftsantritte gewonnenen Früchte abgesprochen wird, erscheint als Hauptgrund der, dass die nach dem Tode des Erblassers getrennten Früchte als selbständige Sachen in die Erbschaft fallen und daher, als Theil der letzteren, auf den Erben, nicht auf den Legatar übergehen. So insbesondere Arndts [4]). Allerdings könne der Erblasser das Gegentheil an-

---

[1]) Arndts a. a. O. S. 350 i. f., 351; er vermuthet, dass im Falle des Rescriptes der Legatar glaubte, dass ihm alle seit des Erblassers Tode entfallenen Früchte als Accessionen der vermachten Sache gebühren. Aehnlich Brügger a. a. O. S. 23, 24. Jene Meinung des Legatars ist aber für das obligatorische Legat nur dann begreiflich, wenn sie für das dingliche Legat naturgemäss ist; das Rescript bezeichnet auch nur den Zeitpunkt der Litiscontestation als massgebend; das passt nur für das erstere Legat, für das letztere, wenn es inbegriffen wäre, wäre nur der Zeitpunkt des Antrittes verständlich.

[2]) Oben II. S. 168 A. 3, S. 173 A. 6.

[3]) Das Bedenken, dass Gordian vom Erbschaftsantritt gar nicht spricht (Salkowski a. a. O. S. 489), erledigt sich bei der Annahme, dass er das Vindicationslegat nicht mehr im Auge hatte.

[4]) A. a. O. S. 341 fg.: ‚Eine streitige Frage — ist, was in Ansehung der vor Geltendmachung des Vermächtnisses von der Hauptsache getrennten Früchte Rechtens sei? Als Eigenthümer kann der Vermächtnissnehmer auf die Früchte der ihm vermachten Hauptsache jedenfalls nicht früher ein Recht haben, als von dem Zeitpunkte an, da ihm das Eigenthum der Hauptsache erworben ist; die von dieser getrennten Erzeugnisse bilden nicht einen Zuwachs als integrirenden Bestandtheil derselben, der mit ihr vindicirt werden könnte; sie sind selbständige Sachen, und es kann sich nur fragen, wem und kraft welchen Rechtes dieselben durch die Trennung, d. i. nach ihrer Entstehung als selbständige Sachen, erworben werden.‘ Diese Frage beantwortet er folgendermassen: ‚Die nach dem Tode des Erblassers bis zur Antretung der Erbschaft entfallenden Früchte der vermachten Erbschaftssache, so wie auch das von der Erbschaftssklavin in dieser Zwischenzeit geborene

ordnen, aber dann seien dem Legatar auch die Früchte besonders vermacht [1]).

Der Kern dieser Theorie liegt also darin, dass die Früchte mit der Trennung von der Hauptsache selbständige Sachen seien, dass mithin dem Legatar, wenn ihm nur die Hauptsache vermacht ist, auf die Früchte unmöglich früher ein Recht zukommen könne, als vom Zeitpunkte seines Eigenthumserwerbes, der beim legatum purum mit dem Erbschaftsantritte erfolge [2]).

Bei dieser Argumentation ist von der Möglichkeit der Rückwirkung des Eigenthumserwerbes des Legatars natürlich ganz abstrahiert, denn sonst wäre doch folgender Einwand möglich: auch die vermachte Hauptsache war bis zum Erbschaftsantritte nur ein Theil der erbschaftlichen universitas [3]); mit dem Antritte des Erben aber tritt sie aus derselben aus und fällt in's

---

Kind, das nicht zu den Früchten gezählt wurde, bilden eine Vermehrung des erbschaftlichen Vermögens und fallen als solche dem Erben zu, so wie auch, was der vermachte Sklave in dieser Zwischenzeit erwarb, der Erbschaft erworben wurde und mit dieser und durch sie dem Erben zukam.‹ In Betreff des Sklavenerwerbes s. unten; in Betreff des Fruchterwerbes beruft er sich auf l. 20 § 3 de her. pet. (5, 3), aber hier ist an den Fall eines Legates nicht gedacht, daher heisst es auch, alle Früchte vermehren die Erbschaft, mögen sie vor oder nach dem Antritte gewonnen sein; aber das letztere soll beim dinglichen Legate ja auch nach Arndts nicht zutreffen (oben S. 168).

[1]) Eod. S. 351: ›(In keinem Falle hat der Vermächtnissnehmer Anspruch auf alle seit dem Tode des Erblassers noch vor Antretung der Erbschaft entfallenen Früchte der vermachten Hauptsache,) ausgenommen allein den Fall, wenn dies der Erblasser verordnet hat, d. h. wenn auch die Früchte ihm vermacht sind, diese also nicht bloss als Accession der allein vermachten Hauptsache, sondern als selbst vermachtes Object in Anspruch genommen werden können.‹ Er citiert l. 43 § 2 de leg. II, l. 2 § 1 de dote prael. (33, 4).

[2]) So auch Brügger a. a. O. S. 42 fg. Er hält die entgegengesetzte Ansicht für ›kaum denkbar‹, da ja der Legatar erst mit dem dies veniens Eigenthümer werde. Er beruft sich (S. 42 A. *, dazu Seite 11 A. ***) auf Stellen über den Erwerb durch den legierten Sklaven (davon unten), dann auf l. 120 § 2 de leg. I. und c. 4 C. de usur. (6, 47), wovon oben gehandelt wurde.

[3]) Oben II. S. 149 fg., 155.

Eigenthum des Legatars: weshalb soll es sich mit den Früchten dieser Sache anders verhalten, die zwar mit der Trennung von ihr selbständige Sachen geworden, auch vorläufig ein Theil der hereditas geblieben sind, mit dem Antritte der letzteren aber dorthin fallen können, wohin auch die Hauptsache von Anfang gehörte?

Ferner: der Erblasser soll immerhin anordnen können, dass schon von seinem Tode an die Früchte dem Legatar gehören. Eine solche Anordnung nun kann nicht bloss eine ausdrückliche, sondern, wie allgemein anerkannt ist, auch eine stillschweigende sein [1]). Dass es beim Legat mit bloss obligatorischer Wirkung zu jenem Zwecke einer besonderen Anordnung bedürfe, liegt auf der Hand; beim dinglichen Legat einer eigenen Sache des Erblassers aber liegt ein solcher Wille des Erblassers doch schon in der Natur dieses Legates, wie oben wiederholt betont wurde [2]).

Bei Annahme des Gegentheils dürfte wohl auch zu bezweifeln sein, ob jener besonderen Anordnung des Erblassers eine dingliche Wirkung zukomme? denn wie sollte, wenn es einem juristischen Gesetze entspricht, dass die selbständig gewordenen Früchte der Erbschaft und durch diese dem Erben erworben werden, der Erblasser dies anders als indirect, d. h. mit bloss obligatorischer Wirkung für den Erben, hindern können?

Der entgegengesetzte Standpunkt hat aber auch praktische Consequenzen im Gefolge, die doch zu Bedenken Anlass geben sollten. Der Erbschaftsantritt kann sich verzögern; eine gesetzliche Frist für denselben gibt es nicht und die Möglichkeit der Bestimmung einer richterlichen Frist zu Gunsten der Vermächtnisnehmer ist wenigstens nicht ausnahmslos anerkannt [3]). Fallen also die Früchte der Zwischenzeit dem Erben zu, so ist auf die

---

[1]) S. die Stellen bei Windscheid III. § 647 A. 15, dazu noch l. 15 § 6 ad leg. Falc. (35, 2), § 20 J. de leg. (2, 20). Vgl. auch Salkowski a. a. O. S. 438 fg.

[2]) Oben II. S. 149 A. 6, S. 154, S. 161. Vgl. l. 28 de instr. leg. (33, 7); aus einem anderen Gebiete: l. 5 § 15 de don. i. V. e. U. (24, 1).

[3]) Citate oben I. S. 298 A. 1; dazu Salkowski a. a. O. S. 303 A. 134.

Verzögerung des Antrittes geradezu eine Prämie gesetzt [1]). Kann da noch, wie gewöhnlich geschieht, gesagt werden, die Verzögerung schade dem Legatar nicht, da ja der dies legati cedens schon mit dem Tode des Erblassers eintrete? Das ist ja richtig für die Hauptsache, sofern mit dem Tode des Erblassers die Vererblichkeit des Vermächtnisses beginnt [2]); unrichtig aber ist es für die Früchte, wenn sie dem Erben zufallen [3]). Der dies legati cedens soll ja gerade nur dann schon mit dem Tode des Erblassers eintreten, wenn dies dem Legatar von Vortheil ist („emolumento"), also z. B. dann nicht, wenn das legierte Recht, wie der ususfructus, nicht vererblich ist [4]). Die Erwerbung der Früchte ist für den Legatar ohne Zweifel ein „emolumentum" [5]).

Als ein indirecter Beweis dafür, dass dem Legatar die Früchte nicht schon vom Tode des Erblassers gebühren können,

---

[1]) Vgl. bei Salkowski a. a. O. S. 516. Die Vertreter der Ansicht, dass die Früchte dem Erben gehören, müssen daher eine Ausnahme für den Fall doloser Verzögerung des Erbschaftsantrittes statuieren; so Brügger a. a. O. S. 43 (S. 33 fg.); Salkowski a. a. O. S. 511, 495, 303 (520 fg.); und diese Ausnahme wäre, wie Brügger hinzufügt, begründet ‚lediglich ex capite doli, arg. l. 35 pr. de usufructu 7, 1'. Zu dieser Stelle ist noch überdies zu bemerken, — s. Salkowski eod. S. 304 fg. — dass sie vom Legat des ususfructus handelt, dessen dies erst ab adita hereditate cediert, während beim Legat des Eigenthums dies a morte testatoris cedit. — Endlich braucht es sich bei der Verzögerung des Antrittes auch nicht immer um einen dolus des Erben zu handeln, er kann auch triftige Gründe dazu haben (vgl. l. 4 ad S. C. Trebell. 36 1); wie soll aber der Legatar darunter leiden?

[2]) Oben I. S. 150 fg., II. S. 156. Gleichgiltig übrigens wird es dem Legatar auch nicht sein, ob er selbst noch, oder erst seine Erben etwas bekommen.

[3]) Dass der Erbe (nach röm. Rechte) durch Ausschlagung der Erbschaft das ganze Legat illusorisch machen kann, ist keine Rechtfertigung für solchen Gewinn; sein Antritt hat ja auch nicht in blosser Liebe zu den Legataren seinen Grund (vgl. Gaius II. 224).

[4]) Oben I. S. 150 fg., 189, 209, 306 fg., II. S. 155 fg.

[5]) Im Hinblicke darauf, dass die Früchte dennoch nicht dem Legatar zufallen sollen, haben ältere Schriftsteller demselben das Eigenthum der Sache zwar schon vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers, aber nur ‚quoad effectum transmissionis' zugeschrieben, die Früchte aber dem

möchten die Bestimmungen in Betreff des fideicommissum tacitum und der Vermächtnisse ad pias causas umso mehr betrachtet werden, als sie sogar dafür geltend gemacht wurden, dass die Früchte dem Legatar nicht schon vom Frbschaftsantritte gehören, möchte es sich selbst um eine res testatoris propria legata handeln [1]).

Was nun aber das sog. fideicommissum tacitum betrifft, bei welchem „omne emolumentum heredi auferendum et fisco praestandum —, ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi“ [2]). so wurde gegen die Folgerung, diese Bestimmung „hätte offenbar weder Sinn noch Zweck, wenn eben regelmässig der Erbe die Früchte der vermachten Sache nicht für sich behalten dürfte“, schon oben [3]) bemerkt, dass es sich bei der dem Erblasser zugesagten Leistung an eine persona incapax, mag sie eine res testatoris oder eine andere Sache betreffen, an sich um ein Fideicommiss handeln würde. Was aber als solches zu leisten wäre, verliert ja der Erbe an den Fiscus, mit Früchten und Zinsen. Wie soll nun hieraus folgen, dass sonst bei allen Vermächtnissen — bei den dinglichen Legaten nicht weniger als bei den obligatorischen und den Fideicommissen [4]) — die Früchte dem Erben bis zur Mora bezw. Litiscontestatation gehören? — Was dann das Vermächtnis ad pias causas betrifft, bei welchem allerdings Früchte und Zinsen wie „omne legitimum augmentum“ vom Tode des Erblassers zu leisten kommen [5]), so ist nicht zu übersehen, dass

---

Erben als bonae fidei possessor. Ueber ersteren Punkt: oben II. S. 151 A. 2; über letzteren Punkt: oben II. S. 165 A. 3, S. 171 A. 3. — Vgl. aber auch Huschke jurispr. antejust. zu Paulus rec. sent. III. 6 § 3 (Consultatio VI. 9) in Anm. 7.

[1]) Brügger a. a. O. S. 25 fg.; Salkowski a. a. O. S. 502, aber nur in Betreff der letzteren, nicht auch der ersteren Bestimmung.

[2]) L. 17 § 2 de usur. (22, 1) [dazu vgl. l. 34 eod.]; l. 18 pr. de his quae ut indignis (34, 9). Vgl. Pfaff Jvo z. L. v. sog. in fraud. leg. agere.

[3]) II. S. 168 A. 3. S. Salkowski a. a. O. S. 502 A. 119.

[4]) S. oben II. S. 166 fg.

[5]) C. 45 (46) § 4 C. de episcop. et cler. (1, 3); nov. 131 c. 12. S. Mühlenbruch in Glück 42 S. 140 fg.; Arndts eod. 46 S. 76 fg.; Salkowski eod. 49 S. 474 fg. (mit weiteren Citaten), 502.

hier der Erbe das Legat „intra sex menses ab insinuatione testamenti“ zu realisieren hat, und dass nur bei Nichteinhaltung dieser Frist jene Prästierung „a tempore mortis“ die Folge sein soll; dass ferner jene Frist die Bedeutnng hat, „ut mora non incipiat ex litiscontestatione vel interpellatione, sed quasi lege ipsa quae dicitur mora interveniat“. Eine solche Frist zur Realisierung des Vermächtnisses besteht doch nicht beim Legat mit dinglicher Wirkung [1] [2].

Das Hauptargument der Gegner bleibt immer der Satz, dass das Eigenthum des Legatars an der res propria testatoris legata erst vom Antritte der Erbschaft zu datieren sei, weshalb ihm auch die (getrennten) Früchte nicht von einem früheren Zeitpunkte gebühren können [3]. Aber gerade jene Prämisse können wir nach unseren früheren Ausführungen [4] nicht für richtig halten. So finden wir auch solche Schriftsteller, welche den Eigenthumserwerb des Legatars zurückwirken lassen [5], zugleich als Vertreter der Ansicht, dass beim dinglichen Legate die Früchte dem Legatar schon vom Tode des Erblassers gebühren [6]. Jedenfalls stehen beide Punkte in einem inneren Zusammenhange [7].

---

[1] Vgl. Gaius II. 194.

[2] Hier sei auch noch folgende Bemerkung gestattet. Wenn es in Bezug auf die Berechnung der Quarta Falcidia heisst, dass die Früchte von Erbschaftssachen „ad lucrum heredis pertinent“, es müsste denn der Vermächtnissgegenstand erst später herauszugeben sein (s. die Stellen bei Windscheid III. § 652 A. 6, 20; Vangerow II. § 536 No. IV.), so ist damit für unsere Frage nichts entschieden; denn der Grund jener Bestimmung liegt darin, dass für die Berechnung der Quart der Augenblick des Todes des Erblassers massgebend ist.

[3] Oben II. S. 176 A. 4 fg.

[4] Oben II. S. 137 fg.

[5] Oben II. S. 151 A. 2.

[6] S. bei Brügger a. a. O. S. 43 fg.; bei Salkowski a. a. O. S. 516 A. 138. Dazu Göppert Organ. Erzeugnisse S. 170 fg.; Ferrini l. c. S. 390 fg. Puchta Vorlesungen § 541 lässt den Eigenthumserwerb des Legatars zurückwirken, spricht ihm aber § 543 eod. die Früchte doch erst von der mora angefangen zu.

[7] Brügger a. a. O. S. 43 findet in der letzteren Argumentation (bei Voet) eine petitio principii; eine solche aber könnte ebenso gut in der ersteren erblickt werden.

Das vorhandene Quellenmaterial ist allerdings äusserst mangelhaft, kann aber, wie gezeigt wurde, nicht so unbedingt von der herrschenden Lehre in Anspruch genommen werden. Namentlich [1]) eine Stelle scheint uns mehr Beachtung zu verdienen, als ihr gewöhnlich zu Theil wird. Paulus rec. sent. III. 6 § 46 sagt:

„Fructus, qui solo cohaerent mortis testatoris tempore, ad legatarium pertinent; ante percepti ad heredem."

Dass die zur Todeszeit noch stehenden Früchte dem Legatar dann gehören, wenn sie auch im Augenblick des Erbschaftserwerbes noch stehen, ist selbstverständlich, da sie eben integrierende Theile des Grundstückes sind[2]). Welchen Werth hätte also jener Ausspruch, wenn er gerade nur diesen Fall voraussetzen würde, Paulus also gemeint hätte, dass die noch vor dem Erbschaftsantritte separierten resp. percipierten Früchte dem Erben gehören? Dennoch hat man die Stelle in diesem Sinne aufgefasst[3]). Aber sie spricht doch nur die vor dem Tode des Erblassers percipierten Früchte dem Erben zu und stellt diesen die zur Todeszeit noch stehenden Früchte gegenüber, ohne der nach diesem Zeitpunkte separierten resp. percipierten Früchte eine Erwähnung zu thun. Was übrigens die zur Todeszeit noch hängenden Früchte betrifft, so gehören sie in diesem Augenblick dem Legatar noch gar nicht, so wenig als die Sache selbst, solange der Erbe noch nicht angetreten hat, — es müsste sich denn um einen heres necessarius handeln. Sollte Paulus gerade an einen solchen gedacht haben? oder an den noch unwahrscheinlicheren Fall, dass der Erbe sogleich nach dem Tode des

---

[1]) Rosshirt Vermächtnisse I. S. 480 beruft sich auch auf l. 39 § 1 de leg. I.; Andere aber meinen, dass hier mora des Erben vorausgesetzt sei, wie der Schluss der Stelle zeige (Windscheid III. § 647 A. 14, Brügger a. a. O. S. 17 A. *; allerdings aber wird hier mora nur für die Haftung bei Untergang der Sache verlangt.

[2]) L. 44 de R. V. (6, 1), l. 9 pr. ad leg. Falc. (35, 2); Arndts a. a. O. 48 S. 341.

[3]) Fr. Mommsen Erört. I. S. 29, 37 A. 20; Brügger a. a. O. S. 44; dagegen Salkowski a. a. O. S. 482 A. 94.

Erblassers angetreten hat[1])? Liegt nicht in Paulus' Ausspruch vielmehr dies, dass beim dinglichen Legate alle nicht schon vor dem Tode des Erblassers percipierten Früchte dem Legatar gebühren[2])?

Demnach fehlt es auch nicht an positiven Anhaltspunkten dafür, dass beim pure errichteten Vindicationslegat der Anspruch des Legatars auf die Früchte vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers begründet sei[3]). Die sachlichen Gründe hiefür sind ohnehin überwiegend. Wer dem Legatar auch bei dieser Legatsform die Früchte erst vom Erbschaftsantritte, oder gar erst von der mora des Erben bezw. von der Litiscontestation zuspricht, darf sich wenigstens nicht auf den vermuthlichen Willen des Erblassers berufen[4]); auch nicht auf den Gesichtspunkt der Billigkeit[5]): Erbe und Legatar halten sich in diesem Pendenzverhältnisse vollkommen die Wage[6]).

---

[1]) Anders Salkowski a. a. O. S. 481 fg., der die Stelle aus dem Zusammenhang mit den vorausgehenden (§ 35—40) zu erklären sucht. S. aber auch die S. 521 A. 150 citierten Schriftsteller. Ueber jene Supposition in einem anderen Falle: Arndts a. a. O. 48 S. 313.

[2]) Brügger a. a. O. S. 44 meint freilich, dass die Stelle von Paulus bei einer anderen als der von ihm vertretenen Auffassung in Widerspruch stehen würde mit dem Ausspruche desselben Juristen in dessen rec. sent. III. 8 § 4. Aber das ist bei der oben II. S. 172 gegebenen Erklärung der letzteren Stelle nicht der Fall. — Ferrini a. a. O. S. 390 findet in ersterer Stelle eine directe Widerlegung der herrschenden Ansicht, ohne sich in eine nähere Erklärung derselben einzulassen.

[3]) Ferrini a. a. O. S. 392 glaubt auch in der Gordian'schen Constitution (c. 4 C. 6, 47), die er auf die obligatorischen Legate beschränkt (s. oben II. S. 169 A. 2), ein arg. a contr. für die dinglichen Legate erblicken zu dürfen, u. z. in der Gegenüberstellung von ‚dies mortis' und ‚litis contestatio', um so mehr, als von der aditio hereditatis keine Rede gehe. (Vgl. oben II. S. 176 A. 3.)

[4]) Oben II. S. 178 A. 2.

[5]) Vgl. Brügger a. a. O. S. 31 fg.

[6]) Vgl. l. 86 § 2 de leg. I.; allerdings hat diese Stelle zunächst die Zeit nach dem Erbschaftsantritte im Auge. Vgl. zu dieser Stelle: Arndts a. a. O. S. 294; Brügger a. a. O. S. 16; Salkowski a. a. O. S. 485 fg., 499. S. auch Fitting Rückzieh. S. 16, 95. (Ferner oben S. 170 A. 2.)

Der formalistische Gesichtspunkt, dass die mit der Trennung selbständig gewordenen Früchte in die Erbschaft fallen und deshalb dem Erben verbleiben müssen[1]), vermag gegenüber anderen Bedenken kaum zu beruhigen. Die Begründung mit der Nichtrückwirkung des Eigenthumserwerbes des Legatars geht eben von der Unwiderlegbarkeit des letzteren, allerdings herrschenden Axioms aus[2]). Die Berufung auf die Strenge der Klage aus dem Legat, im Gegensatze zum Fideicommiss, passt nur auf das Damnationslegat[3]). Für das Vindicationslegat können nur Grundsätze massgebend sein, die sich aus der dinglichen Natur dieses Legates[4]) in Verbindung mit dem auf der Anordnung des Erblassers beruhenden obligatorischen Nexus und dem wahrscheinlichen Inhalt seines Willens ergeben. Daher ist insbesondere der Unterschied massgebend, ob der Geklagte ein bonae oder malae fidei possessor ist. Nach einer Ansicht ist aber für die Beurtheilung dieses Momentes die Position des Erben nicht identisch mit der eines dritten Besitzers; und der letztere Unterschied soll nach einer Meinung auch von Einfluss sein für die Frage, von welchem Zeitpunkte der Legatar die Früchte verlangen kann. Hierüber Folgendes.

Wenn auch beim puren dinglichen Legate die Früchte dem Legatar erst von der mora bezw. Litiscontestation, höchstens schon vom Erbschaftsantritte gehören sollen, so hat für die frühere Zeit den Anspruch darauf der Erbe, also auch die Klage gegen einen dritten Besitzer, der die Früchte bezogen hat[5]). Brügger aber, obwohl er die erstere Ansicht vertritt, meint, dass der Legatar auch gegen einen dritten gutgläubigen Besitzer an sich den Anspruch auf alle fructus extantes habe, dass er aber dadurch unter Umständen noch besser gestellt wäre, als wenn ihm die Früchte schon vom Erbschaftsantritte gebühren

---

[1]) Oben II. S. 176 A. 4 fg.

[2]) Oben II. S. 181 A. 4, 7.

[3]) Oben II. S. 171 A. 2.

[4]) S. Windscheid I. § 194, § 186, § 124 No. 1; Vangerow I. § 333 A. No. II; § 326 A. 2 No. II.

[5]) Vgl. Arndts a. a. O. 48. Th. S. 343 fg.; Salkowski eod. 49. Th. S. 513.

würden: dann nämlich, wenn der grösste Theil der Fruchtperiode noch in die Zeit der hereditas jacens fiel; dass daher in solchem Falle dem Erben gegen den Legatar das interdictum quod legatorum auf Rückerstattung resp. Ersatz gewährt werden müsse [1]). Dieser Ansicht können wir nicht beipflichten: ganz abgesehen von dem Zwecke und den Voraussetzungen jenes Interdictes [2]), dürfte dieselbe widerlegt sein durch die l. 42 de usuris (22, 1) von Modestin [3]). Wenn sonst mit dem Gesichtspunkte der Selbständigkeit der getrennten Früchte operiert wird, warum nicht auch hier? Aber die herrschende Lehre kommt gerade beim Verhältniss des Legatars zum dritten Besitzer in's Gedränge [4]). Für denjenigen, welcher beim dinglichen Legat dem Legatar schon vom dies cedens legati die Früchte zuspricht, besteht die ganze Schwierigkeit natürlich nicht.

Der zweite Punkt betrifft die Frage, ob der Erbe in Bezug auf bona oder mala fides wie ein dritter Besitzer der Sache zu beurtheilen sei? Wie schon erwähnt, haben ältere Schriftsteller den Erben schon an sich als bonae fidei possessor erklärt, der daher „fructus consumtos suos facit", obwohl die legierte Sache selbst dem Legatar schon seit dem Tode des Erblassers gehöre [5]); und eine gewisse Berechtigung wird dieser Ansicht auch von Brügger beigemessen [6]). Aber die dafür angegebenen Gründe

---

[1]) Brügger a. a. O. S. 39 fg. Dagegen: Salkowski a. a. O. S. 513 A. 130.

[2]) Oben I. S. 275 fg. Brügger a. a. O. S. 40 A. * glaubt sich auf die Worte: „quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi" (l. 1 § 2 quod leg. 43, 3) berufen zu können.

[3]) „Herennius Modestinus respondit, fructus, qui post adquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur." Der sonstige Streit, der sich an diese Stelle knüpft, berührt uns hier nicht weiter; s. die Liter. hierüber oben S. 166 A. 3, S. 170 A. 2.

[4]) Dies zeigt sich bei Brügger a. a. O. S. 41.

[5]) Oben II. S. 165 in A. 3, S. 171 A. 3, S. 179 A. 5.

[6]) A. a. O. S. 30 fg., 41 i. f. — Hiernach hätte der Erbe, solange er als bonae fidei possessor zu betrachten ist, nur die fructus extantes

vermögen nicht zu überzeugen: hat der Erbe gewusst, dass die Sache legiert sei, so kann die Möglichkeit, dass sie durch Ablehnung des Legatars ihm selbst verbleibe, die entgegengesetzte Möglichkeit bezw. Wahrscheinlichkeit nicht paralysieren [1]). Das gilt zunächst für die Zeit nach dem Erbschaftsantritte; vor demselben ist der Erbe ohnehin noch nicht Eigenthümer und wird es für diese Zeit in Betreff der legierten Sache auch nicht durch Rückziehung [2]). Jene Ansicht ist übrigens wohl auch durch die l. 40 de acq. r. d. (41, 1) als widerlegt zu betrachten [3]).

§ 51. Fortsetzung. (Oesterreichisches Recht.)

Das österr. allg. bürg. Ges. B. [4]) stellt in § 686 folgenden Satz auf:

> „Bei dem Vermächtnisse eines einzelnen Verlassenschaftsstückes kommen dem Legatar auch die seit dem Tode des Erblassers laufenden Zinsen, entstandenen Nutzungen und jeder andere Zuwachs zu Statten. Er trägt hingegen auch alle auf dem Legate haftenden Lasten und selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Andern vermindert wird, oder gänzlich zu Grunde geht."

---

herauszugeben, wäre also doch nicht allgemein erst von der mora bezw. Litiscontestation, oder vom Erbschaftsantritte für die Früchte haftbar. (Vgl. Brügger S. 36.)

[1]) Vgl. zum Satze der l. 20 § 11, l. 25 § 7 de H. P. (5, 3) — § 338 österr. a. b. G. B. — die Worte der c. 10 C. de acq. poss. (7, 32): „— qui — ex interposita contestatione et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet". Unger II. S. 540.

[2]) Oben II. S. 140 fg., 147.

[3]) Die Auslegung derselben bei Brügger a. a. O. S. 33 fg. wurde oben II. S. 172 fg. erwähnt; s. auch S. 165 in A. 3, S. 171 A. 3.

[4]) Ueber andere Gesetzgebungen s. Salkowski a. a. O. S. 522 fg.; dazu jetzt das bürg. Gesetzbuch f. d. deutsche Reich, §§ 2184, 2185.

Aus der Redactionsgeschichte [1]) sowohl als auch aus dem klaren Wortlaute dieser Bestimmung und anderen Gründen ergibt sich, dass dabei das Vermächtnis einer Sachspecies [2]) vorausgesetzt sei, und zwar einer solchen, die bereits dem Erblasser gehörte, also einer Nachlasssache [3]); dass mithin diese Bestimmung nicht für alle nach § 685 eod. sogleich nach dem Tode des Erblassers fälligen Vermächtnisse gelte [4]).

Da drängt sich nun unwillkürlich die Frage auf, wie sich diese Bestimmung zu der allgemeinen Lehre stelle, dass es im österr. Rechte ein Vermächtnis mit unmittelbar dinglicher Wirkung nicht gebe, da ja zum Eigenthumserwerb des Legatars immer noch der besondere modus acquirendi („Erwerbsart") erfordert sei [5])? Die Früchte gebühren ihm seit dem Tode des Erblassers doch sicher als Accession der legierten Sache [6]), nicht als selbständiges Vermächtnisobject, wie dann, wenn die Prästa-

---

[1]) S. hierüber Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 502 fg.; Ofner der Urentwurf und die Ber. Prot. I. S. 409.

[2]) „Vermächtniss einer bestimmten Sache", § 660 a. b. G. B. (Pfaff-Hofmann II. S. 423 fg., Unger VI. § 67, Krainz II. § 520 No. 2). Vgl. auch § 817 a. b. G. B.: „— bestimmter Legatare", dazu Hofd. v. 27. Juli 1822, No. 1880 J. G. S.

[3]) „Vermächtniss einzelner Verlassenschaftstücke" §§ 685, 686 (Pfaff-Hofmann II. S. 497 fg., S. 504; Unger VI. § 64, § 67; dagegen Krainz Syst. II. § 519 A. 2.

[4]) Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 504 fg. (insbes. gegen Zeiller). Vgl. auch Unger VI. § 64 A. 5 i. f., A. 7; Krainz II. § 522 A. 1. Dagegen Stubenrauch Comm. zu § 685 fg. sub No. 3.

[5]) §§ 684, 688, (424, 425) 437 a. b. G. B., § 178 Verl. Pat. v. 9. Aug. 1854 (für Tirol u. Vorarlberg: s. bei Lecher d. Verfachbuch S. 99 fg.). S. Unger VI. § 64 und A. 1, § 67 No. 1; er bezeichnet den Standpunkt des Gesetzes als eine Neuerung „von sehr problematischem Werth". Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 489, 493; 422, 427, 438; denselben ist der Grund davon „ein recht äusserlicher, der veralteten Lehre vom titulus und modus entnommener". S. ferner Strohal Eigenthum an Immob. S. 107 fg., Transmission p. c. S. 5; Krainz (Pfaff) Syst. § 523, § 517 A. 1[a], § 519 A. 2; Randa Eigenth. R. I. § 17; Salkowski in Glück 49. Th. S. 58 fg.

[6]) §§ 912, 913 sprechen von „Nebengebühren" aus einem obligatorischen oder einem dinglichen Rechte.

tion derselben vom Erblasser besonders angeordnet worden wäre[1]); sie gebühren ihm zwar zufolge ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, aber doch als Accessorium der Hauptsache. Bei einem Legat mit bloss obligatorischer Wirkung wäre eine solche gesetzliche Bestimmung zwar gewiss ebenfalls denkbar und möglich[2]); hätten wir aber dann nicht ein besonderes sog. „gesetzliches Vermächtnis" zu Gunsten des letztwilligen Vermächtnisnehmers? Vom Standpunkte des westgal. Ges.-Buches, wonach „das Eigenthum des Legates gleich nach dem Tode des Erblassers" an den Legatar übergehen, und wenn es „ein bestimmtes einzelnes Erbstück" ist, der Legatar es „sogleich" sollte fordern können[3]), wäre die erwähnte Bestimmung hinsichtlich der Früchte und anderen Zuwachses[4]) gar leicht zu erklären; aber gerade jener Standpunkt ist nicht auch der des gegenwärtigen Gesetzbuches[5]).

Werfen wir einen Blick auf die Literatur, so finden wir der aufgeworfenen Frage nicht viele Beachtung geschenkt. Unger citiert nur vergleichsweise, aber als Gegensatz zu unserer Bestimmung, einige der oben erörterten Stellen des römischen Rechts[6]). Bei Pfaff-Hofmann aber begegnen wir einer Anknüpfung derselben an das alte Vindicationslegat: „Zwar ist einem theoretischen Schema zu Liebe das Vindications-Legat beseitigt, dieses soll aber praktisch thunlichst ausgeglichen werden. — Obschon also das Eigenthum dem Legatar nicht direct und sogleich erworben wird, soll das Nachlassstück doch in Bezug auf Vor- und Nachtheile — sogleich nach dem Tode des Erb-

---

[1]) S. oben II. S. 177 A. 1, 178 A. 1, 2.

[2]) Obwohl gegen die sonstige Regel (vgl. Unger VI. § 64 zu A. 9, § 67 zu A. 9). Vgl. das Vermächtnis ad pias causas: oben II. S. 180 fg., 168 A. 3; s. auch Pfaff-Hofmann II. S. 505 A. 10, Krainz II. § 519 A. 3.

[3]) W. g. G. B. II. § 472; vgl. aber dazu eod. § 443; Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 495 A. 2, S. 489; Unger VI. § 64 A. 1.

[4]) W. g. G. B. II. § 473; Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 502 fg.

[5]) Vgl. § 2184 bürg. G. B. f. d. deutsche R. im Verhältnis zu §§ 2174, 2176 eod.

[6]) Syst. VI. § 67 N. c.; dazu II. § 128 A. 35 i. f.; dazu Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 507 A. 20.

lassers als dem Legatar gehörig behandelt werden[1]).“ Dieser Hinweis auf das Vindicationslegat hat nun sicher seine volle Berechtigung; gilt doch die ganze Bestimmung nur für die res propria testatoris legata[2]). Aber gerade für das dingliche Legat des römischen Rechts erfreut sich, wie gezeigt wurde, der Satz, dass die Früchte dem Legatar schon seit dem Tode des Erblassers gebühren, in neuerer Zeit keiner Anerkennung.

Unsere Ansicht ist folgende. Ausser Zweifel dürfte vor allem sein, dass die Bestimmung unseres § 686 in engem Zusammenhange stehe mit der unmittelbar vorangehenden Bestimmung des § 685 a. b. G. B., der zufolge „das Vermächtniss einzelner Verlassenschaftsstücke — sogleich — gefordert werden kann“, d. h. sogleich (= ohne unnöthigen Aufschub, § 904 a. b. G. B.) nach dem Tode des Erblassers[3]). Nach österr. Rechte ist ja das Vermächtnis vom Erbschaftsantritte unabhängig[4]), so dass „sich nun der ganze Erwerb des Vermächtnisses im dies cedens concentriert“; „am dies veniens wird nach österr. R. gar nichts erworben, sondern es wird bloss die Vermächtniss-Forderung fällig[5])“. Hiernach wäre der Grundgedanke des Gesetzes wohl kein anderer als dieser: Der Legatar soll, obschon er nicht sofort ipso jure Eigenthümer der ihm vermachten Sache wird, sie doch sofort nach dem Tode des Erblassers fordern dürfen; deshalb sollen ihm aber auch die Früchte und Nutzungen dieser Sache von demselben Zeitpunkte gebühren[6]).

---

[1]) Comment. II. S. 504; dazu S. 498 sub III. i. f., S. 499, S. 505 zu A. 10. S. auch Pfaff in Krainz II. § 519 A. 2.

[2]) Oben S. 187 A. 2, 3.

[3]) Hierüber s. Unger VI. § 64, Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 496 fg., 499 fg.; Krainz II. § 522.

[4]) S. oben I. S. 306 A. 5, S. 400 A. 1; II. S. 27 A. 4. Das röm. Recht, nach welchem das Gegentheil gilt, kann allerdings nur sagen: ‚Quum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam ejus habet heres: moram facere non debet, sed eam praestare.‘

[5]) Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 487; S. 489 fg.; aber auch S. 499 V, a; Krainz II. § 518 A. 2[a].

[6]) S. die oben Anm. 1 cit. Schriftsteller. Hiernach hätte das Gesetz mit der Fälligkeit der Forderung Folgen des Verzuges verbunden.

Ist aber damit eine ausreichende Erklärung gegeben? Wir glauben nicht. Einmal sind auch noch gewisse andere Vermächtnisse sofort fällig [1]) — obzwar aus einem anderen Grunde [2]) —; und dennoch gilt hier von den Früchten und Zinsen nicht das Gleiche [3]). Ferner: allerdings kann die Uebergabe der Sache behufs Erwerbung des Eigenthums sofort — nicht erst am sog. dies veniens — verlangt werden, aber das Eigenthum wird doch erst mit der Uebergabe erworben [4]); wurde nun die Uebergabe nicht sofort verlangt bezw. vollzogen [5]), wie sollen dem Legatar dennoch die Früchte von allem Anfang gebühren? Endlich: nach österr. Rechte soll der Legatar ipso jure nur eine Forderung (also ein obligatorisches Recht) auf Eigenthumsübertragung der vermachten Sache — gegen den Nachlass bezw. gegen den Onerierten — erwerben [6]); diese Forderung ist allerdings schon mit dem Tode des Erblassers fällig; ist aber damit der Onerierte auch schon im Verzuge? Früchte und Zinsen gebühren aber aus einer Vermächtnisforderung doch erst vom Verzuge bezw. Streitbeginne [7])? Warum hat also beim Legat einer res propria testatoris der Legatar schon vom Tode des Erblassers darauf Anspruch?

Eine dogmatische Begründung ist demnach unerlässlich [8]),

---

[1]) § 685 a. b. G. B.: „— kleine Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse". In Betreff der letzteren (vgl. auch § 694, § 778 eod.) s. Pfaff-Hofmann Comment. l. c.; Schiffner d. sog. gesetzl. Verm. S. 203 fg., 208. — In Betreff der legata ad piam causam: oben II. S. 168 zu A. 3, S. 180 fg., S. 188 A. 2.

[2]) Unger VI. § 64 A. 6, 7; Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 496 fg., sub IV, VI. S. auch Zeiller Comm. III. zu § 685. Stubenrauch Comm. eod. No. 2.

[3]) § 686 cit.; oben II. S. 187 A. 4.

[4]) Unger VI. § 64 A. 2, 4; Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 489 fg. IV, V, IX.

[5]) Vgl. Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 429 fg. A. 22[a], 24.

[6]) S. die vorige A. 4.

[7]) Unger VI. § 64 zu A. 9; dazu A. 5, 7; § 67 No. 2; Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 493; S. 504 fg. II, III.

[8]) Die Nothwendigkeit einer dogmatischen Begründung bestünde auch bei Annahme eines gesetzlichen Vermächtnisses (oben S. 188), nämlich im

denn ein jus singulare ist da nicht zu vermuthen [1]). Worin anders aber sollte sie gefunden werden als in der Rückwirkung des Eigenthumserwerbes des Legatars? Eine solche scheint allerdings in der Regel nicht angenommen zu werden [2]). Umgekehrt wurde sie von einem Schriftsteller schon aus der sofortigen Fälligkeit des Vermächtnisses (§ 685 cit.) abgeleitet und die Bestimmung hinsichtlich der Früchte (§ 686 cit.) als Consequenz davon erklärt [3]). Bei Pfaff-Hofmann kommt der Gedanke an die Rückwirkung zwar nicht direct, immerhin aber als legislatives Motiv der letzteren Bestimmung zum Ausdrucke [4]). In der That aber ist sie der einzig mögliche dogmatische Grund dieser Bestimmung. Dem steht auch nicht im Wege, dass das Gesetz für den Eigenthumserwerb des Legatars die Uebergabe der Sache verlangt; denn mag auch der letzteren nicht bloss declarative, sondern auch constitutive Bedeutung zukommen [5]), so ist

---

Sinne Schiffner's „die sog. gesetzl. Vermächtnisse" (1895), welcher darunter alle „Einzel-Zuwendungen von Todeswegen, die nicht auf Grund eines letzten Willens erfolgen" (S. 15; S. 4), versteht, also gesetzliche mortis causa capiones (S. 13 A. 39), die nicht nothwendig ex hereditate gebühren (S. 15 fg.; § 16, § 43), obzwar mit Rücksicht auf den Tod einer Person (S. 14, 15), gegenüber einem letzten Willen sich sehr verschieden verhalten (§ 10), auch den verschiedensten Rechtsordnungen angehören (S. 4 fg., S. 60 fg.). In unserem Falle (Sch. S. 41 in A. 1 spricht vom gesetzl. Vermächtnis „des Ertrages einer Erbschaftssache") würde allerdings, wenn nach Sch.'s „allgemeiner Theorie" (S. V) der Erwerb des gesetzlichen Vermächtnisses überall dem des gesetzl. Erbrechts analog zu sein, also in Ländern des Additionsprinzips nur durch Antretung zu erfolgen hätte (S. 23 fg., S. 9), der § 686 a. b. G. B. Schwierigkeit bereiten.

[1]) Zeiller Comment. zu § 686 cit. weist auf die Grundsätze vom periculum und commodum (§ 1050, 1064) hin. Krainz II. §§ 519, 522.

[2]) Vgl. Unger VI. § 64, § 67.

[3]) Stubenrauch Comment. zu § 685 fg. sub III.; er nimmt daher Rückziehung für alle sofort fälligen Legate an.

[4]) An den oben II. S. 189 A. 1 cit. Stellen; insbes. S. 505: „(Denn) die Vorschrift des § 686 wird nicht auf eine fingirte mora, sondern auf ein Zurückbeziehen des ‚Gehörens' gegründet". (Ueber dieses „Gehören" s. die Citate oben II. S. 99 in A. 8.

[5]) S. die oben S. 187 A. 5 cit. Schriftsteller.

damit die Möglichkeit der Rückwirkung nicht unvereinbar [1]), sofern nur nicht vorerst der Erbe als Eigenthümer der vermachten Sache betrachtet wird. Nun kann als auctor dominii für den Legatar einer res propria testatoris doch nicht wohl der Erbe, sondern nur der Erblässer angesehen werden [2]). Allerdings verlangt das Gesetz auch für einen solchen Legatar den modus acquirendi des derivativen Erwerbes [3]); aber der Legatar kann denselben schon vor dem Antritte bezw. der Einantwortung der Erbschaft erwirken [4]); in Betreff einer unbeweglichen Sache bedarf er im Allgemeinen der Vermittlung des Erben überhaupt nicht [5]); und sofern letzterer handelt, erscheint er hier eben als Repräsentant der Erbschaft [6]). In Ansehung der legierten Nachlasssache findet, wenn sie eine unbewegliche ist, für den Erben

---

[1]) Das Gesetz verlangt auch zum Eigenthumserwerb des Erben die besondere Erwerbsart. Wer nun derselben constitutive Bedeutung beimisst, muss jedenfalls die Rückwirkung bis zum Antritte oder bis zur Einantwortung zugeben. Andere lassen allerdings den Erben schon mit dem Antritte oder mit der Einantwortung Eigenthümer der Nachlasssachen werden. S. oben I. S. 434 fg. A. 3 i. f., II. S. 118 A. 4 (S. 137 A. 1.)

[2]) Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 493 A. 36 meinen freilich, dass trotz § 178 Verl. Pat. und § 23 Grundb. Ges. theoretisch betrachtet ‚der Erbe auctor dominii für den Legatar ist.‘ Sie geben aber zu, dass praktisch betrachtet nach österr. Rechte der Legatar nicht immer der Vermittelung des Erben bedarf, um das Vermachte zu bekommen, und dass die Vermächtnisse nur nicht gegen den Widerspruch des Erben im officiösen Verfahren erfüllt werden könnten (eod., ferner S. 495 sub XII).

[3]) Oben II. S. 187 A. 5.

[4]) Oben II. S. 190 A. 4. — Pfaff-Hofmann S. 489 A. 18 sagen zwar: ‚Das Eigenthum beruht (also) nur indirect auf dem Legate, direct auf der Uebertragung von Seiten des Onerirten.‘ Sie fügen aber hinzu: ‚Die Redactoren haben sich freilich die Beziehung des Eigenthums zu dem Vermächtnisse als eine nähere gedacht —, was mit ihrer Vorstellung von der Tradition als einem bloss äusserlichen Hergange, welcher den durch den Titel eingeleiteten Erwerb vollende, zusammenhängt.‘ S. ferner oben II. S. 151 A. 2 i. f., 187 A. 5; 146 in A. 2.

[5]) § 178 Verl. Pat., § 23 Grundb. Ges.; s. Strohal Eigenth. an Immob. S. 107 fg.

[6]) § 810 a. b. G. B. (§ 145 Verl. Pat.): oben II. S. 119 in A. 4.

auch keine bücherliche Eintragung statt [1]), mag die Bedeutung derselben sonst für den Erben welche immer sein; den dazu erforderlichen Eigenthumstitel hat ja auch nicht er, sondern eben der Legatar [2]). Mit dem Gesagten hängt auch die Frage zusammen, ob der Erbe eine giltige und wirksame Veräusserung der legierten eigenen Sache des Erblassers vornehmen kann [3]).

Die Rückwirkung des Legatserwerbes bis zum Tode des Erblassers wäre allerdings dann zu negieren, wenn es nicht auch für den Erben eine solche Rückwirkung des Erwerbes der Erbschaft und damit der übrigen Nachlassgegenstände gäbe; denn dann müsste in der That auch die legierte eigene Sache des Erblassers als im Eigenthum der hereditas jacens stehend betrachtet

---

[1]) Vgl. § 178 Verl. Pat. mit § 177 eod. — In Ansehung der beweglichen Legatssache möchte vielleicht Jemand eine Uebergabe an den Erben in der Einantwortung, als der gerichtlichen „Uebergabe (des Nachlasses) in den rechtlichen Besitz" (§ 797 a. b. G. B.) erblicken — wie denn § 819 a. b. G. B. nur von der Intabulation des Erben in Betreff der unbeweglichen Sachen spricht —. Vgl. aber in ersterer Beziehung: Randa Besitz § 15 (§ 14); § 24 No. 7; Eigenthumsrecht I. § 16.

[2]) Vgl. § 436 einerseits, § 437 a. b. G. B. andrerseits. L. 80 de leg. II. Im Hinblick auf die Ersitzung könnte man römisch sagen, der Eine habe den titulus pro herede, der Andere pro legato (Arndts Pand. § 159).

[3]) Diese Frage wird in der Literatur des österr. Rechtes bejaht — nicht ohne gleichzeitigen Tadel —: Unger VI. § 64 A. 1; Stubenrauch zu § 684 a. b. G. B. No. 4; Pfaff-Hofmann II. S. 493 zu A. 38, 39. Krainz (Pfaff) II. § 523 A. 2, 3 (erst von der Einantwortung angefangen und unter persönlicher Verantwortung, § 430 a. b. G. B.) —. Die Bejahung ist allerdings nur consequent vom Standpunkte, dass der Erbe auch von der legierten Nachlasssache zunächst Eigenthümer werde. Stimmt sie aber — ganz abgesehen von der zugegebenen Misslichkeit ihres Resultates — auch zu den verschiedenen bereits erwähnten Bestimmungen? zu § 685 a. b. G. B.? zu unserem § 686 eod.? zu § 688 eod. (§ 161[2] Verl. Pat.)? zu § 817, 2. Abs. eod.? (vgl. dazu § 161[1] Verl. Pat.)? zu § 178 Verl. Pat.? zu § 23 Grundb. Ges.? Natürlich würde im Falle der Verneinung das Prinzip des § 824 i. f. (§ 367) a. b. G. B. eine Beschränkung bilden. — Ueber das römische Recht s. Salkowski in Glück 49 S. 364 fg. (über das preuss. Landrecht: eod. S. 392); Arndts eod. 46 S. 63 fg.

werden [1]). Aber selbst bei dieser Annahme wäre die Rückwirkungsfrage nicht unter allen Umständen aus der Welt geschafft. Denn wenn die herrschende Lehre dem Erben das Eigenthum der Erbschaftsgegenstände, obwohl das Gesetz es ebenfalls erst an die Erfüllung des besonderen modus acquirendi knüpft, schon vom Zeitpunkte der Einantwortung oder gar schon von dem der Antretung der Erbschaft zuerkennt, die hereditas jacens aber jedenfalls mit einem dieser beiden Zeitpunkte ihr Ende hat, so würde die legierte Nachlasssache bis zur „Uebergabe" an den Legatar in der Luft hängen, wenn letztere nicht ebenfalls bis zu einem jener Zeitpunkte zurückwirken würde. Indem die herrschende Lehre dies leugnet, also nur für den Erben, nicht auch für den Legatar eine Ausnahme vom Princip des „Eintragungszwanges" annimmt [2]), bleibt ihr allerdings nur übrig, dem Erben auch an der legierten Sache des Erblassers vorläufig das Eigenthum zuzuschreiben [3]), obwohl der Legatar zu seinem Eigenthumserwerb auf den Eintritt des Erben gar nicht zu warten braucht.

Wir aber finden u. A. gerade in der Bestimmung des § 686 a. b. G. B., welche sowohl das commodum wie das periculum der legierten Nachlasssache auf den Legatar schon vom Tode des Erblassers an übergehen lässt [4]), einen Beleg dafür, dass auch das Eigenthum desselben ungeachtet des Erfordernisses der „Uebergabe" vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers zu datieren sei; und damit ist u. E. auch für die Rückwirkung des Erb-

---

[1]) Stubenrauch Comment. nimmt, wie eine Rückwirkung des Legatserwerbes (oben II. S. 191 A. 3), so eine Rückwirkung des Erbschaftserwerbes an (oben I. S. 90 A. 2), und dennoch erklärt er die Erbschaft als eine juristische Person (oben I. S. 30 A. 1). Uebrigens fehlt es dafür in der Literatur nicht an Vorbildern.

[2]) S. nur Randa Eigenthumsrecht I. § 17 S. 389 fg. (§ 16) einerseits, S. 390 fg. andrerseits.

[3]) Hiernach hätten wir als Eigenthümer nach dem Erblasser zuerst die Erbschaft, dann den Erben, endlich den Legatar.

[4]) Also nicht erst, wie es einer obligatorischen Verpflichtung entsprechen würde (§ 1334 a. b. G. B.), vom Eintritt der mora (vgl. Pfaff-Hofmann II. S. 505), auch nicht, wie es beim Austauschvertrage der Fall ist, vom Zeitpunkte der Uebergabe (§ 1051, § 1064 a. b. G. B.).

schaftserwerbes selbst bis zu dem gleichen Zeitpunkte ein Anhaltspunkt gegeben.

§ 52. 2. In Betreff anderen Erwerbes.

Werfen wir noch einen Blick auf anderweitigen Erwerb, der durch den legierten Gegenstand vermittelt ist[1]). Für das römische Recht kommt hierbei besonders in Betracht der von einem legierten Erbschaftssklaven gemachte Erwerb — der mit den Früchten einer vermachten Sache in den Quellen wiederholt zusammengestellt wird[2]) —, ferner der Ersatzanspruch aus der Tödtung oder Verwundung eines solchen Sklaven, bezw. aus der Beschädigung einer vermachten Nachlasssache. Selbstverständlich spielen in diese Materie die allgemeinen Grundsätze über den Einfluss der Leistungsunmöglichkeit und der Veränderung des Gegenstandes eines Forderungsrechtes, die Lehre von periculum und commodum herein[3]), und hat die Unterscheidung zwischen commodum ex re und propter rem (ex negotiatione) auch hier eine Bedeutung[4]). Wir können auf diesen Gegenstand hier nur soweit eingehen, als es für die Frage des Eigenthumserwerbes der legierten Nachlasssache von Bedeutung erscheint.

Was zunächst den Erwerb durch einen solchen Sklaven betrifft, so kommt vor allem der Satz Javolen's

---

[1]) Ueber das, was nur als Bestandtheil der legierten Sache erscheint (Zuwachs, Zubehör), besteht kein Zweifel; s. Arndts in Glück 46 S. 121 fg., 48 S. 341; Salkowski eod. 49 S. 427 fg.; Fitting Rückzieh. S. 96 A. 134. Oesterr. a. b. G. B. § 686: „jeder andere Zuwachs".

[2]) S. die oben I. S. 162 A. 4 (S. 220 A. 2), II. S. 81 A. 6 cit. Stellen. Vgl. hierüber bes. Czyhlarz in Glück Serie d. B. 41, 42, Th. 1 S. 549 fg.; Salkowski (mit Einschränkung) a. a. O. S. 499 fg.

[3]) Liter. bei Windscheid II. § 264, § 327 A. 4.

[4]) Interessant ist in dieser Beziehung § 20 J. de leg. (2, 20), l. 57 § 2 de pecul. (15, 1): es werden gegenüber gestellt: „quae ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem accesserint — veluti partus ancillarum et foetus pecudum", und „quae servo donata fuerint sive quid ex operis suis adquisierit." S. ferner l. 8 §. 8 de pecul. leg. (33, 8). Vgl. auch Czyhlarz a. a. O. S. 527 fg.

in Betracht, an welchen sich die herrschende Lehre vorzugsweise hält und welcher lautet:

„Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati adquirit [1])".

Demzufolge wird ziemlich allgemein gelehrt, dass ein solcher Erwerb auf den Erben übergehe [2]), nicht auf den Legatar. So sagt Savigny: „(Die Fiction, dass die Erbschaft eine Person, den Verstorbenen vorstelle, hat) auch die ganz consequente Folge, dass, wenn der erwerbende Erbschaftssklave selbst legirt ist, der Erwerb dennoch bei der Erbschaft bleibt, und nicht etwa, zugleich mit dem Sclaven, an den Legatar fällt: welcher Satz jedoch bei dem Erwerb durch das Legat eines Ususfructus eine Ausnahme leidet [3])." Und Arndts bringt den Gesichtspunkt von der Selbständigkeit der getrennten Früchte einer legierten Sache auch hier zur Anwendung [4]).

Eine Schwierigkeit in dieser Frage besteht darin, dass von der in Javolen's Stelle erwähnten adquisitio seitens eines legierten Sklaven sich in den Quellen hauptsächlich nur eine Anwendung

---

[1]) L. 38 de leg. II.

[2]) Nach dem Satze, dass ‚hereditas in (heredem) id — transfundit, quod est hereditatis', l. 1 § 15 si is qui test. (47, 4).

[3]) Syst. II. S. 368 fg.; S. 371 N. r. Wenn Savigny diesen Satz als eine Consequenz der Persönlichkeitsfiction hinstellt, möchte man ohne diese Fiction das Gegentheil erwarten; aber es würde doch wohl das Gleiche bei Savigny's ‚natürlicher Behandlung des Falles', d. h. der Rückziehung des Antrittes, gelten können? Jener Satz ist aber auch gar nicht eine so nothwendige Consequenz der Persönlichkeits-‚Fiction' (die nach Savigny nur um des Sklavenerwerbes willen erfunden worden sein soll). Man denke an das einem von seinem Herrn legierten oder letztwillig freigelassenen Sklaven zugleich ausgesetzte Legat mit seinem verschobenen dies cedens (s. unten); und bei der einem bedingt legierten Sklaven gemachten Zuwendung würde, wenn die Bedingung sich erst nach dem Erbschaftsantritte erfüllt, der Sav. Satz überhaupt nicht zur Anwendung kommen. Vgl. Fitting Rückziehung S. 95 fg.

[4]) In Glück Th. 48 S. 342; vgl. auch S. 219 (das ‚so wie ...' greift der Frage vor); S. 260. S. ferner Salkowski a. a. O. Th. 49 S. 484, 499. Ferrini a. a. O. S. 394 will die l. 38 cit. von einem obligatorischen Legate verstanden wissen. (?)

öfter besprochen findet: die eines Legates an den legierten (oder freigelassenen) Sklaven; hier aber greifen die besonderen Grundsätze über den dies legati cedens ein; von Erwerbungen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden — Tradition, Stipulation — seitens eines solchen Sklaven findet sich wenig [1]). Gerade diese Fälle aber wären von besonderem Interesse; denn einmal kann der Erwerb des Sklaven aus Rechtsgeschäften mit Dritten nicht immer als ein commodum ex re betrachtet werden [2]); dann aber kommt auch der Standpunkt des Dritten gegenüber dem zwischen dem Legatar und dem Erben pendenten Sklaven in Betracht. Darnach wären, solange die Personification der hereditas sich nicht festgestellt hatte, gewisse Rechtsgeschäfte, z. B. die Stipulation, überhaupt nicht möglich gewesen [3]); mit der Ausbildung jener „Fiction" aber kommt der oben betonte Gesichtspunkt zur Geltung, dass der Standpunkt der Gegenwart massgebend sei, als welcher sich vorläufig das Eigenthum der Erbschaft darstellt [4]). In dieser Beziehung aber bietet gerade das Legat an einen legierten Sklaven einen werthvollen Anhaltspunkt.

Ueber das Legat an einen Erbschaftssklaven wurde bereits oben gehandelt [5]). Hierbei kommen aber mehrere Unterscheidungen in Betracht: einmal ob Gegenstand des Legates ein höchst persönliches, oder ein frei veräusserliches und vererbliches Recht ist; ferner ob das Legat von einem dritten Erblasser oder vom eigenen Herrn des Sklaven ausgeht; endlich ob dieser Sklave für den Erben selbst bestimmt oder einem Dritten legiert bezw. mit der Freiheit letztwillig bedacht ist.

Handelt es sich um das Legat eines höchst persönlichen Rechtes, welches — wie der ususfructus — der Erbschaft selbst nicht zugewendet werden kann, so cediert bekanntlich der dies legati immer erst mit dem Antritte der Erbschaft, zu welcher

---

[1]) Die l. 86 § 2 de leg. I. z. B. wird allgemein auf die Zeit nach dem Erbschaftsantritte bezogen; die l. 91 § 7 eod. hat wohl ein oblig. Legat im Auge.

[2]) Oben II. S. 195 A. 3.

[3]) Vgl. oben I. S. 152, II. S. 38 A. 1, S. 52 A. 5.

[4]) Oben II. S. 20, 43, 70, 79, 85, 89, 114.

[5]) Oben I. S. 209 fg.

der Sklave gehört; das legierte Recht wird also erst dem Erben, oder wenn der Sklave ebenfalls legiert ist, dem Legatar erworben [1]). Dies trifft einmal dann zu, wenn der Vermächtnisgeber ein Dritter ist; umsomehr dann, wenn der eigene Herr des Sklaven es ist [2]) — vorausgesetzt, dass er diesen selbst legiert oder letztwillig mit der Freiheit bedacht hat [3]).

Betrifft das Legat an den Sklaven ein vererbliches Recht, dann ist zwar wieder ausser Zweifel, dass, wenn dieses Recht dem Sklaven von seinem Herrn vermacht, der Sclave aber einem Anderen legiert oder letztwillig freigelassen wurde, der dies jenes Vermächtnisses erst ab adita hereditate cediere, weil das Legat sonst wirkungslos wäre [4]); und indem diese Wirkungslosigkeit nur dem Erben des Herrn zu Gute käme, dies aber dem Willen des letzteren widerstreiten würde, so zeigt gerade die Verschiebung des dies cedens, wie die Römer sich zu helfen wussten, um den Willen über die Form siegen zu lassen. — Ist aber das vererbliche Recht dem Sklaven von einem fremden Erblasser vermacht, so ist zwar gewiss, dass der dies dieses Legates dann, wenn der Sclave dem Erben seines Herrn verbleibt, sofort, also noch hereditate jacente cediere [5]). Für den Fall aber

---

[1]) Oben I. S. 149 fg., bes. S. 151 A. 5; S. 189, 306 fg.; II. S. 138, 156, 179.

[2]) Die besonders in Betracht kommende l. 16 §§ 1, 2 quando dies leg. (36, 2) setzt den ersteren Fall voraus („ususfructus ab alio legatus fuerit") und unterscheidet dann, ob der Sklave selbst legiert ist oder nicht. Ueber die Lesart s. Köppen Erbsch. S. 53 A. 8; Arndts in Glück 48 S. 224 fg. A. 68, 69.

[3]) Sonst nämlich käme der Gesichtspunkt sub A. 4 in Betracht.

[4]) Wirkungslos aus dem Grunde, dass Honorierter und Onerierter dieselbe Person wäre. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass der Sklave hinterher freigelassen oder veräussert wurde (c. 4 C. de leg. 6, 37), denn es stände die regula Catoniana im Wege; l. 86 de cond. et demonstr. (35, 1), l. 91 § 1 de leg. I.; l. 17 quando dies leg. (36, 2); vgl. auch l. 11 pr. de leg. II. Arndts a. a. O. 46. Th. S. 437 fg., 48. Th. S. 202 A. 14 lit. a, b, S. 225 A. 64, S. 260 A. 25; civil. Schr. II. S. 498 fg. Vgl. auch Fitting Rückzieh. S. 96.

[5]) L. 68 § 1 de leg. I.: „— si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat (legatum)".

dass der Sklave selbst legiert bezw. freigelassen wurde, scheinen die Ansichten auseinander zu gehen: von der einen Seite wird gelehrt, dass der dies legati auch in solchem Falle sofort cediere, das Legat also mit der Erbschaft, zu welcher der Sklave gehört, an den Erben falle [1]; von anderer Seite scheint angenommen zu werden, dass der dies eines solchen Legates erst ab adita hereditate cediere, das Legat also dem Legatar des Sklaven zufalle [2]. Um diesen Punkt nun dreht sich die Frage. Fassen wir die einschlägigen Stellen in's Auge.

Gaius sagt: „Servo legato legari posse receptum est: quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum [3]."

Manche setzen voraus, dass im Falle dieses Fragmentes der Herr des Sklaven, der diesen legierte, selbst es war, der ihn auch mit einem Vermächtnisse bedachte [4]. Für diese Voraussetzung könnte der Umstand geltend gemacht werden, dass die Möglichkeit eines solchen Legates erst allmählig zur Anerkennung gekommen ist („receptum est"), — nämlich mittels der Verschiebung des dies legati cedens, wodurch eben der Wirkung der regula Catoniana ausgewichen wird —; denn um die ebenfalls erst allmählig anerkannte Möglichkeit der letztwilligen Honorierung eines Erbschaftssklaven überhaupt [5] handelt es sich in obiger Stelle sicher nicht („servo legato . . ."). Nun kann aber diese Stelle nach ihrem Wortlaute ebensogut von dem Falle verstanden werden, dass ein Dritter dem von seinem Herrn legierten Sclaven ein Vermächtnis aussetzte [6]. Dann hätte der

---

[1] Arndts a. a. O.

[2] Wenigstens wird nicht ausdrücklich unterschieden, ob das Legat an den Sklaven von dessen Herrn oder einem Anderen angeordnet wurde. Vgl. Windscheid III. § 642 A. 13; Köppen Erbsch. S. 52 A. 7; Fitting Rückziehung S. 95 A. 133; Enneccerus Rechtsgesch. S. 430.

[3] L. 69 pr. de leg. I.

[4] Arndts an den a. O.; so auch schon die Glosse zu dieser Stelle.

[5] S. oben I. S. 209 fg., bes. S. 110 A. 3.

[6] In der vorangehenden l. 68 § 1 von Gaius ist gerade dieser Fall vorausgesetzt.

einstige Zweifel an der Möglichkeit eines solchen Vermächtnisses einen anderen Grund gehabt: entweder dass die Person des Honorierten keine bestimmte sei (Pendenz zwischen Legatar und Erben), oder dass der honorierte Sklave für den Erben nicht bestimmt, aber auch noch nicht Eigenthum des Legatars sei.

Julian lehrt: „Quum legato servo aliquid legatur, dies ejus legati, quod servo datur, non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit [1]).“

Auch diese Stelle verstehen Manche dahin, dass das dem Sklaven ausgesetzte Legat von dessen Herrn herrühre, der ihn selbst einem Dritten vermacht hat [2]). Aus den citierten Worten Julian's ist das schwer zu entnehmen [3]), eher aus deren Fortsetzung [4]). Andere Schriftsteller scheinen auch jene Beschränkung nicht zu machen [5]); und bei dieser Auffassung wäre gerade wieder die Verschiebung des dies cedens ein Beweis, dass man

---

[1]) L. 17 quando dies leg. (36, 2). Hier ist, im Gegensatze zur vorausgehenden l. 16 §§ 1, 2, nicht mehr vom Legat eines unvererblichen Rechtes die Rede (‚aliquid legatur‘). Köppen Erbsch. S. 53 A. 8 scheint anderer Meinung zu sein.

[2]) Arndts an den oben cit. Stellen; civil. Schr. II. S. 499 fg. . . So auch die Glosse zu diesem Fragmente.

[3]) Die unmittelbar voraufgehende l. 16 §§ 1, 2 setzt ausdrücklich voraus, dass ‚servo legato — ususfructus ab alio legatus fuerit‘.

[4]) Es wird hinzugefügt, dass wegen des späteren dies cedens auch die ‚regula juris‘ (Catoniana) nicht im Wege stehe, dass der (später) freigelassene Sklave das ihm ausgesetzte Legat selbst erwerbe, indem auch bei sofortigem Tode des Erblassers das emolumentum und die obligatio nicht dieselbe Person treffen würde. Vgl. l. 86 de cond. et dem. (35, 1).

[5]) Köppen Erbsch. S. 52 A. 7 beruft sich gerade auf die l. 17 cit. als Beweis, dass das einem per vindicationem oder per damnationem legierten Sklaven hinterlassene Legat an diesen selbst, nicht an den Erben des verstorbenen Herrn komme. — Ferrini a. a. O. S. 393 fg. meint, dass die Regel, das einem legierten Sklaven hinterlassene Legat cediere nicht vor dem Erbschaftsantritte, nur für das obligatorische Legat gegolten habe, wo sie nothwendig war, sollte ein solches Legat an den Legatar kommen; allerdings sei es wahrscheinlich, dass jene Regel besonders in Folge des Sen. Cons. Neronianum eine grössere Ausdehnung erhalten habe. (?)

dem Legatar des Sklaven auch den von letzterem gemachten Erwerb sichern wollte [1]).

In anderen Stellen allerdings ist es entweder ausgesprochen oder angedeutet, dass das dem legierten Sklaven hinterlassene Legat von dessen Herrn selbst ausgesetzt wurde [2]).

Eine andere Stelle von Julian lautet: „Si mihi servus a te herede legatus fuerit, et eidem servo aliquis legaverit, et vivo eo, qui mihi servum legaverat, dies legati servo dati cesserit: confestim id legatum hereditati adquiritur. Et ideo, quamvis postea moritur is, qui servum mihi legaverat, ad me id, quod servo legatum est, non pertinebit [3])."

Diese Entscheidung ist in Anbetracht des Umstandes, dass der dies legati noch bei Lebzeiten des Herrn cedierte, einleuchtend: hier war durch den Sklaven dem Herrn selbst bereits das Anrecht aus dem Legate erworben [4]) und zwar in stärkerem Masse, als es die Delation einer Erbschaft vermag [5]); daher ist der Uebergang auf den Erben des Herrn natürlich. Sollte aber nicht gerade die Betonung jenes Umstandes einen Schluss gestatten

---

[1]) Ferrini a. a. O. findet umgekehrt gerade in der Verschiebung des dies cedens einen möglichen Einwand gegen seine Ansicht, dass beim dinglichen Legat der Erwerb des legierten Sklaven dem Legatar gehöre; doch glaubt er diesen Einwand damit zu beseitigen, dass jene Verschiebung sich eben nur auf das obligatorische Legat bezogen habe (s. vorige Anm.).

[2]) Vgl. l. 91 §§ 2 fg. de leg. I.; l. 107 § 1 eod. (interessant wegen der Satzfügung; s. die Glosse dazu); ll. 11, 13, 15 de opt. leg. (33, 5); ll. 26, 27 de adim. leg. (34, 4); l. 86 de cond. et dem. (35, 1); l. 7 § 6, l. 8 quando d. l. (36, 2).

[3]) L. 91 § 6 de leg. I. In Betreff der Lesart s. Arndts in Glück 48 S. 223; Salkowski eod. 49 S. 485 A. 101; Ferrini l. c. S. 387 fg. Uns scheint eine Textänderung überflüssig, wenn ‚hereditati' vom Standpunkt des testierenden aber noch lebenden Erblassers genommen wird, also im Sinne einer ‚hereditas quae nondum est' (l. 18 pr. de stip. serv. 45, 3). Ueber das ‚a te herede' vgl. Arndts eod. 46 S. 18; dazu l. 100, l. 108 § 4 de leg. I., l. 64 de furt. (47, 2).

[4]) S. oben I. S. 208; 211.

[5]) S. oben II. S. 152 fg. Vgl. dazu l. 5 § 7 quando dies leg. (36, 2).

für den entgegengesetzten Fall, dass der dies legati erst nach dem Tode des Herrn cediert?

Besondere Schwierigkeit macht allerdings folgende Stelle von Gaius: „— si servo post mortem domini relictum legatum est: si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat: usque adeo, ut idem juris est (sit), et si testamento domini liber esse jussus fuerit; ante enim cedit dies legati, quam aliquis heres domino existat: quo fit, ut hereditati adquisitum legatum, postea herede aliquo existente ad eum pertineat [1]) . . .“

Demnach behandelt Gaius das Legat an einen Sklaven, welches demselben auf den Fall des Todes seines Herrn von einem Dritten ausgesetzt ist, in gleicher Weise, mag dem Sklaven von seinem Herrn letztwillig die Freiheit ertheilt sein, oder mag er Sklave bleiben, — nämlich so, dass das Legat an den Erben des Herrn zu fallen habe; und diese Entscheidung begründet er damit, dass der dies eines solchen Legats schon vor dem Antritte der Erbschaft des Herrn cediere — also im Gegensatze zu dem dem Sklaven von seinem Herrn selbst nebst der Freiheit gegebenen Legate, dessen dies nicht vor dem Erbschaftsantritte cediert, weil es sonst wirkungslos wäre [2]).

Diese Entscheidung stimmt allerdings zu der Ansicht, dass bei dem einem legierten Sklaven von einem Dritten hinterlassenen Legate der dies sofort cediere [3]). Wer aber in diesem Falle anderer Meinung ist, muss sich gegenüber der Motivierung von Gaius („ante enim cedit dies . . .“) doch die Frage stellen, warum man nicht auch hier den dies legati später cedieren liess [4])?

---

[1]) L. 68 § 1 de leg. I. S. oben I. S. 209 A. 6, 7.

[2]) L. 8 quando dies leg. (36, 2): „— alioquin inutile fieret legatum, si dies ejus cessisset, antequam libertas competeret“. Vgl. auch l. 91 § 1 de leg. I., l. 86 de cond. et dem. (35, 1); s. ferner § 20 J. de leg. (2, 20), l. 57 §§ 1, 2 de pec. (15, 1). Arndts an den cit. Stellen.

[3]) S. oben II. S. 196 über die Begründung Savigny's und Arndts'.

[4]) Arndts a. a. O. 48. Th. S. 202 A. 14 lit. a scheint nicht zu unterscheiden — wie wohl sub lit. b — ob das Legat vom freilassenden Herrn oder von einem Dritten herrührt.

woher diese Verschiedenheit [1]) komme, nachdem doch sonst die beiden Fälle der Legierung des Sklaven und der letztwilligen Manumittierung desselben wiederholt zusammengestellt werden [2])? Und die Antwort darauf könnte kaum eine andere sein als diese: Derjenige, dem der Sclave direct legiert ist, wird zwar Eigenthümer desselben erst mit dem Erbschaftsantritte, sein Erwerb wird aber dann auf den Zeitpunkt des Todes des Herrn zurückbezogen, ihm gebührt daher auch der vom Sklaven gemachte Erwerb [3]); der Sclave hingegen, dem letztwillig die Freiheit geschenkt wurde, gilt als frei nur vom Augenblicke des Antrittes der Erbschaft seines Herrn [4]), daher gehört das ihm Hinterlassene dem Erben, nicht ihm.

Nach dem vorgeführten Quellenmaterial mag es allerdings zweifelhaft bleiben, ob nicht das römische Recht sich zur Verschiebung des dies legati cedens bloss dann verstand, wenn das dem Sklaven hinterlassene Legat von seinem eigenen Herrn, nicht auch dann, wenn es von einem dritten Erblasser ausgieng. Im ersteren Falle wäre das Legat als solches ohne jene Verschiebung überhaupt wirkungslos gewesen, nicht aber auch im zweiten Falle. Andrerseits aber war auch im ersteren Fall jene Verschiebung doch nur das technische Mittel, den wahren Willen des Vermächtnisgebers zur Geltung zu bringen, d. h. um das Legat an den Sklaven dem Legatar des Sklaven bezw. dem freigelas-

---

[1]) Eine solche Verschiedenheit nimmt Köppen Erbsch. S. 52 A. 7 an. Und in der That: Sollte sie nicht von Gaius selbst angedeutet sein? Zuerst setzt er voraus: „si in ea causa durabit“; dann fügt er hinzu: „usque adeo ut idem juris est, et si . . .“ Welcher Gegensatz bleibt noch übrig als der der Legierung des honorierten Sklaven?

[2]) Vgl. l. 7 § 6 quando d. l. (36, 2); l. 14 pr. de cond. furt. (13, 1); l. 91 §§ 1 fg. de leg. I.; l. 26, l. 27 de adim. leg. (34, 4), etc.

[3]) L. 69 pr. de leg. I.: „— deinde sequetur legatum“.

[4]) L. 8 quando dies leg. (36, 2); l. 11 § 1, l. 23 § 1, l. 25 pr. de manum. test. (40, 4); vgl. auch c. un. § 6 C. de cad. toll. (6, 51). Vorher hatte er nur die „spes imminentis libertatis“, l. 1 § 1 si is qui test. (47, 4); l. 1 § 5 eod.; l. 52 § 29 de furt. (47, 2).

senen Sklaven selbst zu sichern [1]). Ja das römische Recht geht hier so weit, das dem legierten Sklaven ausgesetzte Legat auch dann aufrecht zu erhalten, wenn der Sklave hinterher von seinem Herrn freigelassen wurde: nach dem Gesichtspunkte, dass die regula Catoniana hier nicht im Wege stehe, indem das Legat auch bei sofortigem Tode des Herrn giltig wäre [2]), — obwohl man doch zugestehen muss, dass das Legat des Sklaven durch dessen spätere Manumission aufgehoben wurde [3]), also in Betreff des Legates an ihn eigentlich das Verhältniss der c. 4 C. de leg. (6, 37) vorliege [4]). Im zweiten Falle kommt in Betracht, dass der Sklave selbst bereits per vindicationem legiert ist [5]); warum sollte das römische Recht nicht auch hier den Willen des dritten Vermächtnissgebers berücksichtigt haben, wenn derselbe den Sklaven im Hinblicke auf dessen letztwillige Freilassung oder dessen eigene Legierung honorierte [6])?

Wer aber annimmt, dass in den besprochenen Stellen, die von Verschiebung des dies cedens des Legates an einen legierten oder freigelassenen Sklaven sprechen, überall vorausgesetzt sei, dass jenes Legat vom Herrn des Sklaven selbst ausgehe, während dann, wenn ein Dritter der Vermächtnisgeber ist, das Vermächtnis an den Erben des Herrn falle, darf daraus noch keineswegs die Folgerung ziehen, dass dieser Erbe das Vermächtniss auch behalten dürfe, dass dem freigelassenen Sklaven bezw. dessen

---

[1]) Arndts civil. Schr. II. S. 499 i. f. — Vgl. l. 7 § 1 quando dies leg. (36, 2): „— si forte servo manumisso vel ei, cui servus legatus est, et ideo servo aliquid legatum sit".

[2]) L. 86 de cond. et dem. (35, 1), l. 91 pr. de leg. I., l. 17 quando dies leg. (36, 2).

[3]) Ll. 15, 26, 27 de adim. leg. (34, 4), ll. 1 fg. de pecul. leg. (33, 8).

[4]) Ein anderes interessantes Beispiel bietet die l. 107 § 1 de leg. I., wenn die Worte „quum morietur" nicht zum voraufgehenden „legaverit", sondern zum folgenden „leget" zu beziehen sind. (Vgl. l. 4 § 1 quando dies leg. 36, 2.)

[5]) L. 69 pr. de leg. I.: „— adita hereditate statim servus adquiritur legatario . ."; Arndts a. a. O. 48. Th. S. 260.

[6]) Vgl. oben I. S. 189.

Legatar nicht ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe des Legatars resp. seines Wertes zustehe [1]). In dieser Beziehung ist nicht bloss die Analogie dessen von Bedeutung, was oben von den Früchten der dinglich legierten Sache ausgeführt wurde, sondern insbesondere auch das, was die Quellen von dem Anspruch des Legatars wegen Beschädigung der legierten Sache enthalten. Davon im Folgenden.

So werden wir nicht fehlgehen, wenn wir dem Ausspruche der l. 86 § 2 de leg. I., der Hauptstelle über das beim Eigentumslegat zwischen dem Legatar und dem Erben obwaltende Pendenzverhältnis [2]), mag sie auch zunächst die Zeit nach dem Erbschaftsantritte im Auge haben [3]), eine gewisse Bedeutung auch für die Zeit vor dem Antritte beimessen [4]).

§ 53. 3. In Betreff der Schadensersatzansprüche.

Wir beschränken uns hier auf den Fall der Vernichtung oder Beschädigung der dinglich legierten Sache durch Delict einer dritten Person [5]). Auch hier kann der Zweifel entstehen, ob der Anspruch auf Ersatz dem Erben oder dem Legatar

---

[1]) S. bereits die Glosse zu l. 38 de leg. II., unter Berufung auf l. 86 § 2 de leg. I. u. a. St. — Vgl. l. 91 § 7 de leg. I., welche dem Legatar einen solchen Anspruch allerdings, da es sich hier wohl um ein obligatorisches Legat handelt, erst vom Zeitpunkte der Litiscontestation gewährt.

[2]) S. die Citate oben II. S. 183 A. 6.

[3]) „— ex die aditae hereditatis.“ Ferrini l. c. S. 393 meint, Julian habe geschrieben: „ex die apertarum tabularum“, arg. § 1 eod. Da möchte man für das Justin. Recht wohl gar erwarten: „a morte testatoris“? Warum erklärt F. jenen Ausdruck nicht nicht so wie S. 389, 395?

[4]) Vgl. auch l. 40 de acquir. r. d. (41, 1).

[5]) Hierüber insbes. Salkowski in Glück 49 S. 166 fg., 183 fg., 217 fg. [Das. die weitere Literatur; dazu auch Ferrini leg. e fedecomm. S. 394 fg.; la legittimazione attiva nel' actio leg. Aquil. (1892) S. 12 fg.] Ueber den Fall der Vernichtung oder Beschädigung durch Zufall: eod. S. 109 fg. [vgl. das österr. allg. bürg. G. B. § 686 i. f.]; oder durch eine Handlung des Onerierten: eod. S. 221 fg. (verschul-

zukomme? Die Quellen erörtern insbesondere die Frage, wem die actio legis Aquiliae wegen Tödtung oder Verwundung eines den Gegenstand eines (dinglichen) Legates bildenden Erbschaftssklaven zustehe [1])? Und da wird folgendermassen unterschieden: Hat die Schadenszufügung sich nach dem Erbschaftsantritte ereignet, so gebührt der Ersatzanspruch dem Legatar, auch wenn er erst nach der Schadenszufügung das Legat agnoscierte [2]), — im Falle seiner Repudiation dem Erben [3]) —; und war der Erbe selbst der Urheber des Schadens, so hat der Legatar den Anspruch gegen diesen [4]). Wurde die Beschädigung vor dem Erbschaftsantritte verübt, so hat consequent die Klage der Erbe, weil er sie durch die Erbschaft erworben [5]); er muss sie aber dem Legatar abtreten [6]); und hätte der Erbe selbst den Sklaven

---

det), eod. S. 317 fg. (unverschuldet). [Dazu Ferrini leg. e fed. S. 407 Sugli atti, con cui l'erede in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata (1894).]

[1]) L. 13 § 3 (Ulpian), l. 14 (Paulus), l. 15 pr. (Ulpian) ad leg. Aquil. (9, 2); l. 17 § 1, l. 34—36 pr. eod.; l. 7 § 5 de dolo malo (4, 3); ll. 47, 48 de leg. I.

[2]) L. 13 § 3 cit. (Ueber das „si non" der Florent. [„si vel": Mommsen] s. Arndts in Glück 48 S. 313 fg., 344 (civ. Schr. II. S. 387 fg.), Salkowski eod. 49 S. 168 A. 4; Fitting Rückzieh. S. 90; Fr. Mommsen Beitr. I. S. 303 A. 30; Pernice Sachbeschädig. S. 187 fg. Ferrini legati S. 394, 395 denkt wieder an ein Damnationslegat (s. auch dessen Erklärung in: La legittim. att. S. 13 fg.); dagegen Salkowski a. a. O. S. 168 mit Cit., s. auch Grueber the lex Aquilia S. 5.

[3]) L. 13 § 3 cit.

[4]) L. 14 cit. Salkowski in Glück a. a. O. S. 169 u. A. 7; Ferrini ll. cc.

[5]) S. oben I. S. 227 fg.

[6]) L. 15 pr. cit. (Salkowski a. a. O. S. 171 fg.). Diese Stelle sagt das — ausdrücklich — allerdings nur für den Fall der Verwundung, nicht auch für den der Tödtung des Sklaven: und daher wird in der Literatur im letzteren Fall ein Anspruch des Legatars auf Klageabtretung nicht anerkannt. Man wird aber doch nicht annehmen dürfen, dass der Legatar nur gegen die geringere, nicht auch gegen die grössere Beschädigung geschützt sei! Die Glosse freilich sagt in Betreff des vor dem Antritte getödteten Sklaven: „— et sic nondum erat legatarii (ut l. 7 § 5 de dolo malo 4, 3, l. 108 § 2 fg. de leg. I.), adeo nec actio ei competere potest, ut heres liberatus est, si sine dolo suo hoc faciat; — et

getödtet, so stünde zwar dem Legatar wieder nicht die actio legis Aquiliae zu; aber die im Falle des dolus des Erben an sich begründete actio de dolo würde ersetzt durch die actio ex testamento [1]).

Dass nun hiernach die actio legis Aquiliae durch die Erbschaft vom Erben selbst, nicht vom Legatar erworben wird, möchte wieder als ein Beweis gegen die Rückwirkung des Eigenthumserwerbes des Legatars erscheinen; und so wird auch in der Literatur argumentiert [2]). Wie erklärt sich aber dann der An-

---

sic cum lucro heredis moritur (ut l. 114 § 19 de leg. I). Zu der Klageabtretung im Falle der Verwundung des Sklaven heisst es: „— in superiori casu non: quia interitu speciei sit liberatus, nisi heres occidat (ut l. 53 § 3 de leg. I.): tunc enim distinguitur: merentem vel non, ut ibi dicit. Hic autem tenetur, quia vulneratum praestare debet, quem habet". Aber diese Erklärung kann doch kaum als befriedigend betrachtet werden. Um eine persönliche Ersatzpflicht des Erben handelt es sich in beiden Fällen nicht, für ihn liegt nur ein Zufall vor; warum aber soll er im einen Falle eine Bereicherung erfahren? Salkowski a. a. O. beruft sich darauf, dass durch die Vernichtung der Sache das Vermächtniss untergegangen sei (vgl. auch eod. S. 177 fg. in Betreff des Damnationslegates); aber es kann doch noch immer das Legat angenommen bezw. ausgeschlagen werden? (eod. S. 168 fg.). Vgl. zu dieser Frage noch Fr. Mommsen Erört. I. S. 102 A. 32, Beitr. I. S. 303 A. 30; Brügger a. a. O. S. 11 A. ***, Pernice l. c. S. 187, Grueber the lex Aquilia S. 51; Brinz Pand. III. § 427 A. 44. Ferrini leg. e fedecomm. l. c., la legittim. att. S. 13: er erblickt (mit Fadda) gerade im Anspruche auf Cession der Klage den Beweis, dass es sich um ein obligat. Legat handle.

[1]) L. 7 § 5 de dolo (4, 3); dazu Arndts in Glück 48 S. 260, Salkowski eod. 49 S. 257 fg., Mommsen Beitr. I. S. 116 A. 8. Ferrini l. c. S. 393 meint wieder, es sei ein Damnationslegat vorausgesetzt, weil von actio ex testamento gesprochen werde, während sonst es heissen müsste, der Erbe sei zu behandeln wie der, welcher dolo malo desiit possidere, cfr. l. 63 de leg. II. (S. auch Ferrini la legittim. att. S. 13.) Aber dagegen spricht die ganze Ausdrucksweise des Juristen (vgl. oben über ll. 13—15 ad leg. Aquil.); auch kann sich der dingliche Anspruch in einen obligatorischen verwandeln, wie überhaupt ersterer von letzterem begleitet wird (s. die folgende A. 1). Ueber die Frage, welche „actio ex testamento" gemeint sei, s. Salkowski a. a. O. S. 259 fg.

[2]) Vgl. Köppen dogm. Jahrb. V. S. 202 fg.; Windscheid III. § 642 A. 5; Arndts in Glück 48 S. 344.

spruch des Legatars auf Abtretung der Klage? Darauf nämlich ist sicher eine persönliche Klage begründet [1]), und die Forderungsklage aus dem Legat datiert vom Erbschaftsantritte; in unserem Falle haben wir ein Legat mit dinglicher Wirkung, auch ist die Beschädigung der Sache für den onerierten Erben ein Zufall [2]). Allerdings correspondiert auch dem dinglichen Legat ein persönlicher Anspruch [3]); wie soll sich aber derselbe auch auf die Zeit vor dem Erbschaftsantritte erstrecken? Dass auf den Legatar nicht die actio leg. Aquil. selbst übergeht, ist in der That auffallend, wenn Rückwirkung seines Eigenthumserwerbes angenommen wird. Eine noch vom Erblasser selbst erworbene Forderung kann ebenso wie das Eigenthum einer Sache direct auf den Legatar übergehen [4]); im vorliegenden Falle war die (Ersatz-)Forderung zwar erst „der Erbschaft" erworben, aber doch ex re legata [5]). Dass es in Betreff einer Klage keine Pendenz mit Rückziehung gebe, wäre keine allgemein richtige Behauptung [6]). Auch mit der Erklärung wäre wenig geholfen,

---

[1]) Salkowski a. a. O. 49 S. 172 fg.

[2]) Er müsste denn vom Erben veranlasst sein; vgl. bes. l. 63 de leg. II. (Salkowski a. a. O. S. 323 fg.: Vindicationslegat; dagegen Ferrini leg. e fedecomm. S. 407; wieder anders: Sugli atti etc. S. 2 fg.) u. a. Stellen eod. S. 317 fg., Arndts Pand. § 552 Note e. f., Windscheid III. § 647, 654.

[3]) S. oben II. S. 146 in A. 2, S. 162 A. 1, S. 164 A. 3. Vgl. die interessante l. 82 pr. de leg. I.

[4]) Windscheid III. § 657 A. 3. Dass die Vermächtnisforderung dem Legatar unmittelbar erworben werde, s. Salkowski a. a. O. S. 2 fg. (s. oben I. S. 395 A. 3).

[5]) Vgl. Ihering Abhandl. S. 42.

[6]) Gegen Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 207 fg.: s. Steinlechner in Grünhut's Zeitschr. IV. S. 362, Mitteis Stellvertr. S. 253 A. 321. Es kommt hier der Unterschied zwischen dem Klageanspruch und der Möglichkeit gerichtlicher Verfolgung in Betracht. Hinsichtlich des ersteren kann allerdings pendent sein, ob ein solcher überhaupt begründet ist (vgl. l. 1 § 1 ad S. C. Mac. 14, 6), oder welcher von mehreren Personen er zukommt (vgl. l. 12 § 5 de usufr. 7, 1 — Fitting Rückzieh. S. 24 fg. —; l. 36 pr. ad leg. Aquil. 9, 2); hinsichtlich der letzteren ist Pendenz mit Rückwirkung undenkbar (vgl. l. 43 § 10 de aed. ed. 21, 1). So war die Bemerkung oben I. S. 408 A. 6 i. f. gemeint.

dass die Begründung von Klagen aus unerlaubten Handlungen gegen die Erbschaft selbst für den Erben den römischen Juristen Schwierigkeit machte, bis mit der Personification der Erbschaft die Begründung gegeben war [1]: warum sollte dann die Klage nicht von der Erbschaft auf den Legatar, anstatt auf den Erben, übergehen [2]?

Die Lösung dürfte in Folgendem liegen. Der gegen den Anspruch des Eigenthumslegatars auf Accessionen der legierten Sache aus der Zeit der hereditas jacens geltend gemachte Gesichtspunkt, dass dieselben, als selbständige Vermögensobjecte, von der Erbschaft erworben werden und daher durch diese auf den Erben übergehen [3], enthält insofern eine Wahrheit, als auf den Legatar direct und in natura nur die legierte Hauptsache übergeht. In Betreff der Accesionen wäre das nicht einmal immer möglich; man denke an die Früchte der Sache, wenn sie verzehrt sind — wobei wieder der Unterschied zwischen bona und mala fides des Onerierten in Betracht kommt —. Andrerseits aber wurde, indem ein solcher Zuwachs seinen Grund in der legierten Sache hat und diese von Anfang dem Legatar gebührt, diesem immerhin ein Anspruch gegen den Onerierten in irgend einer Form gewährt: sei es auf Herausgabe des betreffenden Zuwachses bezw. seines Wertes [4], sei es auf Abtretung einer dem Onerierten gegen einen Dritten zustehenden Klage. Ersteres trifft z. B. zu hinsichtlich eines vom legierten Sklaven gemachten Erwerbes, insbesondere eines ihm ausgesetzten Legates, sofern nicht überhaupt der dies cedens desselben verschoben wurde [5]; letzteres ist in den Quellen anerkannt hinsichtlich der Entschädigungsklage des Onerierten gegen einen Dritten wegen Beschädigung der legierten Sache [6]. Das ist nun aber auch das

---

[1] S. oben I. S. 225 fg., bes. S. 227 zu A. 4, S. 282 fg. Dazu auch Ferrini la legittimazione attiva S. 5 fg.

[2] Vgl. oben S. 149 fg., 177 fg., 196 A. 3.

[3] S. oben II. S. 176 fg., 184.

[4] Vgl. l. 47 § 2 fg. de leg. I.; l. 63 de leg. II.; l. 36 § 1 ad leg. Aquil. (9, 2); l. 17 § 1 de R. V. (6, 1).

[5] S. oben II. 197 fg., 202 fg.

[6] L. 15 cit. ad leg. Aquil.

Wesentliche an der ganzen Frage; es macht doch wenig Unterschied, ob man sagt, die der Erbschaft erworbene actio legis Aquiliae gehe mit dem Erbschaftsantritte auf den Legatar über, oder sie gehe im Cessionswege vom Erben auf den Legatar über. Der Anspruch auf Cession wäre ja auch nicht zu begreifen, wenn dem Legatar nicht schon ein materieller Ersatzanspruch zugestanden wäre [1] [2]).

Dieser Gedanke muss sich in entgegesetzter Richtung verwirklichen, wenn durch Verschulden des dinglich legierten oder letztwillig direct freigelassenen Sklaven der Erbe selbst oder die Erbschaft während ihrer Jacenz geschädigt wurde. So geben die Quellen dem Erben, wenn ein solcher Sclave ihn bestohlen hat, die actio furti [3]) und wenn der Diebstahl an der Erbschaft begangen wurde, ein anderes Rechtsmittel [4]) Demnach ist der Legatar des Sklaven, bezw. der freigewordene Sklave bereits für Handlungen aus der Zeit der hereditas jacens verantwortlich.

---

[1]) Vgl. Mommsen Beitr. I. S. 116 A. 8 zu l. 7 § 5 de dolo (4, 3); dagegen Salkowski a. a. O. S. 258 A. 62, der aber doch selbst die Vermächtnissobligation mit dem Tode des (sie begründenden) Erblassers entstehen lässt unter der Voraussetzung, dass der Onerierte erwirbt (S. 56 fg. eod.). — Von besonderem Interesse sind für diese Frage auch die Bestimmungen über den Erwerb der Diebstahlsklagen: s. Salkowski a. a. O. S. 192 fg., 206 fg., 214 fg.

[2]) Wenn in Betreff der Berechnung der Quarta Falcidia in den Quellen gesagt wird, dass die während der hereditas jacens untergegangenen Sachen ‚heredi pereunt, non legatariis', so ist damit für unsere Frage nichts entschieden, dieser Satz findet nur darin seine Erklärung, dass die Quarta Falcidia nach dem Todestage des Erblassers berechnet wird. (S. oben II. S. 181 A. 2.) Der letztwillig freigelassene Sklave z. B., wenn er während der hered. jac. stirbt, ist in Wirklichkeit doch weder dem Erben noch einem Legatar zu Grunde gegangen. (S. l. 11 § 4 ad leg. Falc. 35, 2; dazu § 1 eod.)

[3]) S. oben l. S. 271 fg.

[4]) L. 40 de nox. act. (9, 4); l. 1 fg. si is qui test. (47, 4), bes. § 5 eod.; l. 67 pr. de leg. I. S. oben I. S. 144 A. 2, S. 270.

§ 54. II. Hat der Erbschaftsantritt einen alterierenden Einfluss auf rechtliche Vorgänge aus der Zeit der hereditas jacens?

Im Allgemeinen.

Mit der obigen Frage berühren wir einen für die Theorie des erbrechtlichen Pendenzverhältnisses, wie es scheint, besonders gefährlichen Punkt. Derselbe steht in engem Zusammenhang mit den vorausgegangenen Erörterungen über die Datierung des Eigenthums des Erben an den Erbschaftssachen; auf diesen Punkt aber reduciert sich im Wesentlichen die Rückwirkungsfrage. Wer nun die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes negiert, für den kann von einem alterierenden Einfluss des Erbschaftsantrittes überhaupt keine Rede sein. Wer eine wirkliche Rückwirkung annimmt, dem mag die Bejahung der obigen Frage vielleicht als Consequenz erscheinen. Umgekehrt wird für den, welcher jene Frage verneinen oder bejahen zu sollen glaubt, damit einer der Gründe gegen oder für die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes gegeben erscheinen.

Von einem alterierenden Einfluss würde dann gesprochen werden können, wenn rechtliche Vorgänge, welche in die Zeit der hereditas jacens fallen, hinterher aus der Person des Erben zu beurtheilen wären, — in dem Sinne, dass, was im Hinblick auf die durch die Erbschaft repräsentierte Person des Erblassers als giltig erscheint, vielleicht aus der Person des Erben annulliert würde, und was nach jenem Massstabe als ungiltig erscheint, aus der Person des Erben convalidiert würde [1]).

Wenn wir die in der Literatur erwähnten Fälle, in welchen diese Frage praktisch werden kann, in's Auge fassen, so lassen sich dieselben auf zwei Hauptfälle reducieren: den Fall, dass an einem die hereditas jacens betreffenden rechtlichen Vorgange der Delat selbst betheiligt war — sei es, dass er über ein Erb-

[1]) Vg. oben I. S. 101, S. 287; II. S. 133.

schaftsrecht, sei es, dass er über ein ihm gegen die Erbschaft zustehendes Recht verfügte [1]) —; dann den Fall, dass die Rechtsfähigkeit des nachherigen Erben von der des Erblassers abweicht — sei es, dass zu dem die hereditas jacens berührenden Rechtsacte die persönliche Fähigkeit dem Erben, sei es, dass sie dem Erblasser mangelte.

Was den Stand der Wissenschaft über die obige Frage betrifft, so lässt sich derselbe folgendermassen präcisieren: Die meisten Schriftsteller stellen die Möglichkeit einer Alterierung früherer Rechtshandlungen durch den Erbschaftsantritt in Abrede; sie legen daher auch dem Satze von der Rückwirkung entweder keine, oder doch keine praktische Bedeutung bei. Andere Schriftsteller anerkennen die rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes; und Einzelne derselben messen ihm auch — sei es als Folge oder als Grund der Rückwirkung — die Fähigkeit bei, einen alterierenden Einfluss zu üben.

Diese Meinungsdiverenz hängt wesentlich zusammen mit der Verschiedenheit der Stellung, welche zu den beiden Quellensätzen von der Persönlichkeit der Erbschaft und von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes in der Literatur eingenommen wird; denn jenachdem diesem oder jenem Satze eine überwiegende Bedeutung zuerkannt wird, muss sich das auch — und die Erfahrung bestätigt es — in der Beantwortung unserer Frage geltend machen. Umgekehrt hat gerade die Beantwortung dieser Frage die Erklärung jener Sätze beeinflusst.

Wenn wir von der älteren Literatur absehen, ist es Savigny, der die Bedeutung der Personification der Erbschaft darein setzt, dass damit ein sicherer Anhalt für Erwerbungen derselben durch streng civile Rechtsgeschäfte, namentlich mittels des Erbschaftssklaven, gewonnen werden sollte, — im Gegensatze zu der natürlichen Behandlung der Erbschaft als des Vermögens eines vorläufig noch unbekannten Herrn [2]) —. Damit ist der alterierende Einfluss des Erbschaftserwerbes direct negiert. Und auf

---

[1]) Andere noch mögliche Beziehungen wurden schon oben in's Auge gefasst (I. §§ 23 fg.) und werden noch später erwähnt werden.

[2]) S. oben I. S. 69 fg., 102 fg.; 24 fg., 57 fg., II. S. 67, 74.

diesem Standpunkte stehen — abgesehen vom Sklavenerwerbe — die meisten Schriftsteller [1]).

Ihering geht ebenfalls davon aus, dass die Beantwortung obiger Frage verschieden ausfallen müsse, jenachdem man dem Erbantritte rückwirkende Kraft beilege oder nicht; und indem er findet, dass die Quellen des römischen Rechts dem Erbantritte eine alterierende Kraft nicht beilegen, zieht er daraus den Schluss, dass die Rückwirkungsfiction einer älteren Periode des röm. Recht angehört habe [2]).

Scheurl hingegen, im Gegensatz zu dieser Theorie und in Bekämpfung von Puchta's Auffassung des Satzes von der Rückwirkung, vertritt die letztere in dem Sinne, dass dem Erbschaftsantritte in der That eine alterierende Wirkung auf frühere Rechtsacte zukommen könne; denn als Regel habe zu gelten, dass der Antritt des Erben die Convalescenz von Rechtsgeschäften zu begründen vermöge, welche nach der Persönlichkeitsfiction ungiltig errichtet wurden. Jedoch habe diese Regel — abgesehen von einigen dem Sklavenrechte angehörigen Ausnahmen — durch die Persönlichkeitsfiction die Modification erfahren, dass positive Rechtswirkungen aus der Zeit der hereditas jacens nicht nachträglich durch Anwendung der Rückwirkungsfiction wieder aufgehoben werden [3]).

Gegen jene „Regel" haben sich andere Schriftsteller entschieden ausgesprochen; und über ihr Verhältniss zur „Modification" wurde oben das Nöthige bemerkt [4]).

Köppen, der früher im Satze von der Rückwirkung des Erbantrittes nur den Ausdruck der Bestimmung des Nachlassvermögens für den Erben erblickte [5]), spricht sich in seiner neueren Theorie, worin er als pendent nicht den künftigen Erwerb der Erbschaft selbst, sondern nur den Erwerb ex tempore mortis erklärt [6]), über unsere Frage folgendermassen aus: „Diese Pendenz

[1]) Oben I. S. 87 fg.; 288; II. S. 66 fg., 74.
[2]) Vgl. J. Abhandl. S. 178, 207, 217. S. oben I. S. 77 fg., 103 fg.
[3]) S. oben I. S. 73 fg.
[4]) S. oben I. S. 75 fg.
[5]) S. oben I. S. 85 fg.; 105 A. 4; 398 A. 1.
[6]) S. oben I. S. 105 fg., 397 fg.

fordert die Rückziehung des Erbschaftsantrittes mit denselben Wirkungen, wie bei jedem andern bedingten Erwerb. Sie hebt deshalb auch hier kein Rechtsverhältniss auf, welches nach dem Satze: hereditas personam defuncti sustinet bereits perfect geworden ist; und sie bringt auch hier kein Rechtsverhältniss zur Existenz, welches während der hereditas jacens nicht beginnen kann, oder während derselben untergegangen ist; es werden von ihr nur die unvollendeten Rechtsverhältnisse aus dieser Zeit betroffen, welche durch den Antritt der Erbschaft bedingt sind und mit ihm perfect werden, oder erlöschen müssen, wenn dies nach den concreten Verhältnissen nicht möglich ist [1]).“

Gegen diese Formulierung wurde der Vorwurf erhoben, dass hiernach die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes keinerlei praktische Wirkung hätte, indem die behaupteten Wirkungen doch vielmehr trotz als wegen einer Rückziehung eintreten; dass bei wirklicher Rückziehung alle rechtlichen Veränderungen während der ruhenden Erbschaft nach der Person des Erben zu beurtheilen wären, während das Gegentheil wahr sei [2]). Und in der That, eine Rückziehung, die aller praktischen Consequenzen entbehren würde, käme der Negation ihrer selbst gleich; andrerseits aber müsste nach diesem Massstabe die Rückwirkung auch in Fällen anerkannter Pendenz geleugnet werden; überdies haben wir erst zu prüfen, ob der Erbschaftsantritt seine Wirkung in der That ausschliesslich auf die Zukunft erstreckt.

Sohm, der den Quellensatz von der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes zur Erklärung des Mechanismus der hereditas jacens rückhaltslos verwendet [3]), spricht sich über die uns hier beschäftigende Frage nicht weiter aus.

Ehevor wir an die Prüfung der erwähnten Fälle schreiten, in welchen von einer alterierenden Wirkung des Erbschaftsantrittes gesprochen werden könnte, seien folgende allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt. Die herrschende Lehre nimmt an, dass bei wirklicher Rückwirkung alle rechtlichen Ereignisse, die

[1]) Success. Entstehung S. 67 fg. S. auch dessen Lehrb. des heut. röm. Erbr. I. § 44 S. 255 fg.

[2]) Öhler a. a. O. S. 15 fg., 18 fg., 46.

[3]) S. oben I. S. 108 fg. (100 fg.).

in die Zeit der hereditas jacens fallen, hinterher in Bezug auf ihren Bestand und ihre Wirkung aus der Person des Erben beurtheilt werden müssten, während in Wirklichkeit von einer Convalidierung resp. Annullierung früherer Rechtsacte keine Rede sein könne.

Hiernach wird das Wesen der Pendenz darein gesetzt, dass nur eine Ungewissheit über den wirklichen Stand der Dinge bestehe, welche Ungewissheit durch den Ausfall eines späteren Ereignisses behoben werde; es wird also diesem Ereignisse immer nur eine declarative, keine constitutive Bedeutung beigelegt. So wäre also auch bei der hereditas jacens die Pendenz nichts anderes als die Ungewissheit, ob der Berufene bereits Erbe sei oder nicht, welche Ungewissheit mit seinem Antritte beseitigt würde; und alle bis dahin eingetretenen rechtlichen Thatsachen müssten nothwendig aus der Person bezw. Vermögenslage des Erben beurtheilt werden.

Wenn nun die herrschende Lehre eine Pendenz des Erbrechts in diesem Sinne leugnet, kann sie sich allerdings darauf berufen, dass nach den Quellen der Delat nondum dominus, dass er noch extraneus sei, dass sein Eigenthumserwerb an seinen Antritt geknüpft werde; dass Erwerbungen und andere die ruhende Erbschaft betreffende rechtliche Thatsachen an die Person des Erblassers, nicht an die des künftigen Erben angelehnt und nach diesem Massstabe auf ihre Wirkung beurtheilt werden.

Auch wir haben wiederholt betont, dass dem Erbschaftsantritte nicht eine bloss declarative, dass ihm auch eine constitutive Bedeutung zukomme. Folgt aber aus all' dem, dass jener Massstab ein definitiver, dass die Persönlichkeit bezw. Rechtslage des nachherigen Erben auf die Zwischenvorgänge unter allen Umständen ohne Einfluss sein müsse?

Ein Blick auf andere Pendenzverhältnisse dürfte die Beantwortung erleichtern. Fitting, welcher in seiner Schrift über den Begriff der Rückziehung die obige Auffassung des Pendenzverhältnisses am schärfsten vertritt [1]), findet einen Gegensatz

---

[1]) Rückzieh. S. 6, 19, 118 fg.

zwischen der Rückwirkung und der von ihm sogenannten Vorwirkung u. A. darin, dass die Verfügungen des „Zwischeneigenthümers“ im Falle der Rückwirkung von Anfang als ungiltig erscheinen, bei der Vorwirkung aber regelmässig nur für die Zukunft ihre Wirksamkeit verlieren — nur ausnahmsweise auch für die Vergangenheit ungiltig seien [1]), oder auch für die Zukunft aufrecht bleiben [2]) [3]).

Wenn so auch bei der Rückwirkung von Verfügungen des „Zwischeneigenthümers“ gesprochen wird, sind dabei offenbar solche Pendenzverhältnisse in's Auge gefasst, in welchen das Eigenthum vorläufig einer der beiden Parteien zukommt, sei es dem bisherigen Eigenthümer [4]), sei es einem der beiden möglichen Erwerber [5]). Gerade in Fällen dieser Art aber kann nicht ausnahmslos gesagt werden, dass die Verfügungen des Zwischeneigenthümers im Falle der Rückwirkung von Anfang ungiltig seien oder wenigstens für die Zukunft ihre Wirksamkeit verlieren, wie bei der Vorwirkung [6]). Man denke nur an das peculium castrense, wie Fitting selbst hervorhebt [7]), ohne deswegen die Rückwirkung zu negieren [8]).

Demnach ist innerhalb des Verhältnisses der Rückwirkung bezw. der Pendenz die schon wiederholt betonte Unterscheidung von grösster Bedeutung, ob das Eigenthum vorläufig einer der beiden Parteien zugetheilt ist — „Zwischeneigenthum“ —, oder

---

[1]) Manumission des Sklaven, Creierung eines locus religiosus.

[2]) Die dem Erwerber günstigen Verfügungen.

[3]) A. a. O. S. 64 fg., 81 fg., 86 fg. S. auch Vangerow I. § 301 Anm. III.

[4]) Z. B. bedingte Tradition; Geschäftsführung ohne Auftrag vor der Ratihabition.

[5]) Z. B. unbedingtes Vindicationslegat nach der (recip.) Ansicht der Sabinianer.

[6]) Z. B. bedingtes Vindicationslegat nach der (recip.) Ansicht der Sabinianer.

[7]) A. a. O. S. 12 fg., S. 20 fg.; das castr. pec. S. 286 fg.; Wächter schweb. Eigenth. S. 22; Köppen succ. Entst. S. 68 A. 152.

[8]) Rückzieh. S. 9 fg., S. 14 A. 15; modificiert freilich in castr. pec. S. 337 fg. (über andere Ansichten: eod. S. 332 fg., 321 fg.). S. oben II. S. 44 fg.

ob das nicht der Fall ist. Diese Unterscheidung hat zwar nicht den ihr von Wächter beigelegten Sinn, dass nur im letzteren Falle das Eigenthum selbst objectiv in der Schwebe sei, nicht auch im ersteren Falle; denn ein Pendenzverhältnis liegt auch dann vor, wenn das vorläufig einer Partei zuerkannte Eigenthum beim Eintritte der anderen Partei rückwärts annulliert wird [1]). Dagegen ist jene Unterscheidung von Bedeutung gerade in Ansehung der von einer Partei in der Zwischenzeit getroffenen Verfügungen über den Gegenstand der Pendenz: im ersteren Falle geht das Pendenzverhältnis manchmal sogar über das der Vorwirkung hinaus und nur im letzteren Falle gilt das allgemein, was Fitting als charakteristisch für die Rückwirkung bezeichnet.

Was nun die Pendenz mit vorläufigem Zwischeneigenthum betrifft, so ist in Betreff der Giltigkeit bezw. Wirksamkeit von Dispositionen einer Partei die Unterscheidung zu machen, ob dieselben vom künftigen bezw. eventuellen Erwerber, oder ob sie vom Zwischeneigenthümer ausgehen.

a) Im ersteren Falle betonen die Quellen, dass der Handelnde über eine res aliena disponiere, seine Handlung also an sich und vorläufig als ungiltig erscheine; dass aber, wenn er später durch das erwartete Ereignis Eigenthümer wird, seine frühere Handlung convalesciere, also von Anfang als giltig zu behandeln sei.

So vor allem beim unbedingten Eigenthumslegat. Dasselbe repräsentiert vom Standpunkt der Proculianer ein reines Pendenzverhältnis, von dem der Sabinianer ein Pendenzverhältnis mit Zwischeneigenthum. Für dieses letztere ist nun in Betreff der Verfügungen des Erben während der Schwebe das Gesagte in den Quellen ausdrücklich anerkannt [2]).

---

[1]) S. oben I. S. 404; II. S. 17 fg., 45, 83 fg., 144 A. 2. Dabei ist noch zu bemerken, dass Wächter, indem er bei vorläufiger Entschiedenheit der Eigenthumsfrage überhaupt kein schwebendes Eigenthum annimmt, sogar Fälle der Vorwirkung (bedingtes Vindic.-Legat) und der Rückwirkung (unbedingtes Vindic.-Legat) auf Eine Linie stellt. (Schweb. Eigenth. S. 4 fg., 6 fg.)

[2]) L. 8 de reb. cred. (12, 1); l. 15 de reb. dub. (34, 5): „— si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio (ab herede facta) nulla

Das Gleiche gilt beim peculium castrense. Hier haben wir nach dem Tode des Haussohnes während der Deliberation der Testamentserben desselben ein reines Pendenzverhältnis zwischen der Erbschaft bezw. den Testamentserben und dem Vater [1]); vor seinem Tode aber erscheint der Sohn nach der neueren Gestaltung des Instituts selbst als Eigenthümer [2]); sofern aber die Quellen dem Eintritte des Vaters jure peculii ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegen [3]), haben wir auch hier nicht ein Verhältnis der „Vorwirkung", sondern ein Pendenzverhältnis mit vorläufigem Zwischeneigenthum. — Was nun die Verfügungen des Vaters über Peculiarsachen bei Lebzeiten des Sohnes betrifft, so findet sich auch hier das oben Gesagte in den Quellen bestätigt [4]).

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag würde es sich in Betreff der vom Geschäftsherrn über die für ihn vom Geschäftsführer erworbene Sache vor der Ratihabition getroffenen Verfügungen analog verhalten — sofern nicht in denselben die Ratihabition selbst enthalten ist — [5]).

Bei der bedingten Tradition ist die Entscheidung in Betreff der Dispositionen des Erwerbers (bezw. des Veräusserers)

---

est; si vero repudiaverit, valet"; „si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit (heres); si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur". Fitting Rückz. S. 78 fg. S. auch oben I. S. 420 A. 2, II. S. 47 A. 1. Andere Stellen: II. S. 141 fg.

[1]) Fitting castr. pec. S. 269 fg., 334 fg., Rückz. S. 13, 14 A. 15; Wächter schweb. Eigenth. S. 22 fg.

[2]) Fitting castr. pec. S. 92 fg., 124 fg., 149 fg.

[3]) S. im Anhange.

[4]) L. 9, l. 18 § 1, l. 19 §§ 3 fg., l. 20 de castr. pec. (49, 17), l. 44 pr. de leg. I., insbes. l. 98 § 3 de sol. (46, 3): „— perinde accipere debemus, ac si alienam (rem) dedisset; — sed tunc adquisita creditur — — —." Vgl. Fitting Rückz. S. 5, 13, 20, 78, 119; castr. pec. S. 106 fg., 136 fg., 264 fg.; Wächter schweb. Eigenth. S. 22. Ueber die l. 98 § 3 cit.: oben II. S. 44 fg. — Für das im Texte Gesagte ist die Voraussetzung, dass der Act des Vaters ein solcher war, der seine Wirkung erst in der Zukunft äussert: l. 18 § 1 cit., oben II. S. 47.

[5]) S. oben II. S. 40 A. 3.

vor Erfüllung der Suspensiv- (bezw. Resolutiv-) Bedingung von der Beantwortung der bestrittenen Rückwirkungsfrage abhängig [1]).

b) Im letzteren Falle ist wieder so viel gewiss, dass die vom Zwischeneigenthümer getroffenen Verfügungen vorläufig als giltig erscheinen [2]); wie aber bei Eintritt des entscheidenden Umstandes? Während dieselben bei der Vorwirkung (dominium revocabile ex nunc) ihre Wirksamkeit nur für die Zukunft verlieren [3]), hat für die Rückwirkung (dominium revocabile ex tunc) als Regel allerdings zu gelten, dass sie auch für die Vergangenheit als ungiltig erscheinen [4]), — wenigstens die für die Rechtslage des Successors präjudicierlichen Dispositionen; ob das Gleiche auch von den dem Successor nur günstigen Verfügungen gilt, wollen wir dahingestellt sein lassen [5]).

Jene Regel verwirklicht sich beim unbedingten Vindicationslegat in Ansehung der vom Legatar während der Pendenz getroffenen Dispositionen — sofern sie nicht überhaupt die Annahme des Legats involvieren [6]) —; wohl auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag hinsichtlich der vom Eigenthümer über die an den Geschäftsführer veräusserte Sache vor der Ratihabition des Geschäftsherrn getroffenen Verfügungen [7]); bei der

---

[1]) Hierüber mit besonderer Beziehung auf die bedingte Veräusserung vgl. bei Vangerow I. S. 145 fg., 149 fg.; s. ferner Köppen succ. Entst. S. 42 fg., 52 fg.; Karlowa Rechtsgesch. 83 fg., 98 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 442 fg., 446 fg., 479 fg. (nach E. soll auch die l. 8 de R. C. 12, 1 für die Rückwirkung nichts beweisen); Mitteis Stellvertr. S. 255 A. 326. S. ferner Exner Tradition S. 57; Randa Eigenth. R. I. § 11 zu A. 27a.

[2]) Vgl. l. 205 de R. J.; dazu Fitting Rückzieh. S. 74 Anm.

[3]) Fitting Rückzieh. S. 64 fg. (mit den betr. Stellen); Arndts Pand. § 71 A. 4, Windscheid I. § 91 (III. § 635). Vgl. auch Ihering pass. Wirk. S. 276 fg., Köppen succ. Entst. S. 76 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 400 fg.

[4]) Vorige Anm.

[5]) Anders Fitting — im Gegensatze zur Vorwirkung (l. 11 § 1 quemadmod. serv. am. 8, 6) — a. a. O. S. 86 fg.

[6]) Das Gegentheil, wenn er in Unkenntnis des Legates handelte; vgl. l. 44 § 1, l. 81 § 6 de legat. I.

[7]) Vgl. z. B. Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 248 fg.; Mitteis Stellvertr. S. 255; dagegen Pacchioni della gestione S. 574 fg. (559 fg.).

bedingten Tradition in Betreff der während des Schwebens der Suspensiv- bezw. Resolutivbedingung vom Veräusserer bezw. vom Erwerber vorgenommenen Handlungen; — allerdings wird hier das Hinfälligwerden derselben bei Erfüllung der Bedingung von Manchen nicht aus einer Rückwirkung der letzteren [1]), sondern aus der Gebundenheit des Willens der Partei abgeleitet [2]).

Ganz anders aber verhält es sich, wie schon früher erwähnt, beim peculium castrense. Nach dem Gesichtspunkte, dass der filius familias miles bei seinen Lebzeiten als Eigenthümer des castrensischen Vermögens erscheine [3]), vermag er auch rechtsgiltige Dispositionen über dasselbe zu treffen; wenn er aber stirbt, ohne testamentarisch beerbt zu werden, und daher sein Vermögen dem Vater jure peculii verbleibt, so verlieren die vom Sohne getroffenen Verfügungen dennoch nicht ihre Wirksamkeit [4]). Nun wurde wohl gerade auch aus diesem Grunde das Obwalten eines Pendenzverhältnisses mit Rückwirkung geleugnet, oder wenigstens der letzteren eine sehr abgeschwächte Bedeutung beigelegt [5]). Aber die Quellen erklären einmal ausdrücklich und wiederholt den Vater, der jure peculii erwirbt, auch rückwärts als Eigenthümer des castrensischen Vermögens [6]). Das hat allerdings für die wissenschaftliche Construction des Verhältnisses grosse Schwierigkeiten bereitet [7]); sollte es aber ausser den versuchten Constructionen nicht noch eine andere mögliche Auffassung geben? Wir glauben allerdings. Die Quellen sagen uns in Betreff der vom Haussohne eines captivus, dessen Rechtslage ein reines Pendenzverhältnis repräsentiert [8]), vorgenommenen

---

[1]) S. oben II. S. 219 A. 1.

[2]) Insbes. Windscheid I. § 91, § 172 No. 7. (Vgl. dazu Fitting Rückzieh. S. 68 A. 103, S. 100 fg. [hiezu aber l. 42 pr. de O. et A. 44, 7]).

[3]) Oben II. S. 45 A. 1, S. 218 A. 2.

[4]) S. oben II. S. 216 A. 7, 8.

[5]) S. oben II. S. 45; dazu unten im Anhang.

[6]) Stellen im Anhange.

[7]) S. Fitting castr. pec. S. 320 fg.

[8]) S. Anhang. Von Handlungen eines „Zwischeneigenthümers" ist daher hier keine Rede; doch gibt es Handlungen des Haussohnes, des

Rechtshandlungen, es sei vorläufig in der Schwebe, ob er als filius oder als pater familias gehandelt hat [1]). Im ersteren Falle erscheint der Handelnde als nothwendiger Stellvertreter, als rechtliches Organ seines Hausvaters [2]). Und dieses Verhältnis wird in den Quellen mit dem des peculium castrense verglichen [3]); daher kann man wohl sagen, der filius fam. miles habe, jenachdem er testamentarisch beerbt wird oder nicht, entweder als pater- oder als filiusfamilias gehandelt [4]). Dass auch im letzteren Falle seine Handlungsfähigkeit eine ausgedehntere war als die eines gewöhnlichen filius familias [5]), beruht eben auf der besonderen Gestaltung des peculium castrense, als dessen Eigenthümer er bei seinen Lebzeiten betrachtet wurde. — Und so haben wir hier einen Fall der Pendenz mit Zwischeneigenthum, bei welchem der nachherigen Rückwirkung kein alterierender Einfluss auf die Rechtshandlungen des Zwischeneigenthümers zukommt.

Mit diesen Vorbemerkungen dürfte wenigstens für die Beantwortung der Frage eine Basis gewonnen sein, ob die Auffassung des Rechtsverhältnisses der hereditas jacens als eines Pendenzverhältnisses eine ganz bestimmte und unter allen Umständen gleichmässige Beantwortung der Frage zur begrifflichen Voraussetzung bezw. Folge habe, ob dem Erbschaftsantritte eine alterierende Wirkung auf frühere Rechtshandlungen zukommen könne?

Es wurde oben erörtert, welche Bedeutung es habe, wenn die Quellen sagen, dass die Frage, ob für Rechtsgeschäfte wäh-

---

Sklaven, des (möglichen) Curators (l. 6 § 2 quib. ex caus. in poss. 42, 4, l. 22 § 1 de reb. auct. 42, 5, l. 1 § 4 de muner. 50, 4).

[1]) L. 12 § 1, l. 22 § 2 de capt. (49, 15), l. 9 de castr. pec. (49, 17), l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3); l. 2 § 3 unde legit. (28, 7).

[2]) L. 11 de V. O. (45, 1): „Filius dum in civitate est, si stipuletur, patri reverso ab hostibus videtur adquisiisse.“

[3]) L. 9 cit. (49, 17); l. 19 § 3 i. f. eod.

[4]) Fitting Rückziehung S. 12 in A. 14 vertritt diesen Gesichtspunkt nur für die Zeit vor Hadrian, in welcher das pecul. castr. noch Vermögen des Vaters gewesen sei: „Was also der Sohn that, konnte der Vater wohl nicht hindern, aber es geschah doch gleichsam immer, wie beim gewöhnlichen peculium, im Namen des Vaters“.

[5]) Fitting castr. pec. S. 103 fg., 152 fg., 264 fg., 324 fg.

rend der hered. jacens auf die Person des Erblassers oder auf die des Erben zu sehen sei, im ersteren Sinne entschieden wurde, — nach dem Gesichtspunkte, dass der Delat noch extraneus gegenüber der Erbschaft sei [1]). Es wurde die Bedeutung der Personification der Erbschaft wesentlich darein gesetzt, dass vor dem Antritte des Erben in Betreff aller rechtlichen Vorgänge der Standpunkt der Gegenwart (der bisherige Zustand), nicht der der Zukunft massgebend sei, dass also alles so zu halten sei, wie wenn der Erblasser selbst noch Subject des Vermögens wäre [2]). Es wurde aber auch ausgeführt, dass, wenn hiernach dem Erbschaftsantritte nicht eine bloss declarative, sondern eine auch wesentlich constitutive Bedeutung zukomme, demselben andrerseits rückwirkende Kraft zuerkannt werden müsse, indem das Wesen desselben in der Genehmigung des Willens, der den Erben einseitig setzte, seitens dieses Erben selbst bestehe [3]); und hieraus wurde eben der Schluss gezogen, dass wir es auch bei der hereditas jacens mit einem Pendenzverhältnisse zu thun haben, bei welchem die Eigenthumsfrage für die Dauer desselben vorläufig geregelt ist, u. z. zu Gunsten der Erbschaft selbst [4]). Und indem für den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit die Person des Erblassers massgebend bleibt, diese also durch die Erbschaft repräsentiert wird, erscheint gewissermassen der Erblasser selbst als Auctor der in die Zeit der hereditas jacens fallenden rechtlichen Vorgänge [5]) — aber allerdings nicht durch Rückdatierung derselben

---

[1]) Oben I. S. 162 fg.; II. S. 49 fg., 64 fg.

[2]) Oben II. S. 20, 43, 70, 79, 85, 89, 114, 197.

[3]) Oben I. S. 416, 420, 445 fg.; II. S. 9 fg. und promiscue.

[4]) Oben A. 2, S. 217 A. 1.

[5]) Vgl. die l. 1 de relig. (11, 7): oben I. S. 225 A. 2, II. S. 73, S. 75. Interessant ist auch die wenig beachtete l. 95 § 2 de solut. (46, 3) von Papinian, wonach zwar die Beerbung des Schuldners durch den Gläubiger „nonnunquam jure confundit obligationem", jedoch „aliquando pro solutione cedit", wenn nämlich der Erblasser als pupillus ohne auctoritas tutoris ein Darlehen erhalten hatte: hier werde die Forderung des erbenden Gläubigers nicht bloss bis zur Bereicherung des pupillus, sondern zu ihrem vollen Betrag berücksichtigt (nämlich bei Berechnung der Quarta). Wenn hier schon mit dem Gesichtspunkte der

in die Lebenszeit des Erblassers [1]). Der Erbe aber, indem er mit seinem Antritte die ihm einseitig verliehene Erbesqualität genehmigt, macht sich auch die vom Zwischeneigenthümer vorgenommenen Rechtsacte zu eigen [2]). Ueberdies: der Erbe tritt nach römischer Auffassung nur durch die universitas in die einzelnen Rechtsverhältnisse, er erwirbt also nicht unmittelbar alles Einzelne in einem einzigen Acte [3]); die universitas war ja nothwendig, dem Einzelnen Bestand zu verleihen und und eine ökonomische Entwickelung zu ermöglichen [4]); sie war aber auch unentbehrlich, um die Identität des Gegenstandes der Succession zu sichern. Denn zur Erbschaft gehören nicht bloss die vom Erblasser selbst hinterlassenen, sondern auch die erst nach seinem Tode begründeten Rechtsverhältnisse [5]); es liegt aber im Begriffe der universitas, dass sie ungeachtet der Veränderungen im Einzelnen ihre Identität bewahrt [6]). In dieser Identität erscheint die erbschaftliche universitas als das vom Erblasser hinterlassene Vermögen; denn die wahre Bedeutung dieser universitas

---

Zahlung operiert wird (vgl. Windscheid II. § 352 A. 4), u. z. zu einem sehr praktischen Zwecke: wer kann denn als (freiwilliger) Zahler gedacht sein, wenn nicht der Erblasser selbst?

[1]) Scheurl Beitr. I. S. 60 meint zwar: „Es liess sich ja auch diese Fiction (nämlich der Rückwirkung) selbst so auffassen, dass vermöge derselben die Erbschaft eben so, wie sie durch die während des Ruhens in ihrem Bestande eingetretenen Veränderungen beim Antritte sich gestaltet hatte, als im Augenblick des Todes an den Erben übergegangen zu betrachten sei, so dass man gewissermassen eben jene Veränderungen in Gedanken hinter den Zeitpunkt, in welchem der Erblasser gestorben sei, zurückverlegen müsse . .“ Aber in der dafür cit. l. 21 de neg. gest. (3, 5) finden wir eine solche Andeutung wohl kaum.

[2]) Oben II. S. 30 fg., 34 fg.

[3]) Oben I. S. 97 A. 2; II. S. 37, 108, 111, 148.

[4]) Oben I. S. 217 fg., II. S. 96 fg., 109 fg.

[5]) Vgl. 20 (21) § 1 de neg. gest. (3, 5): „— quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit“. (Oben I. S. 224 A. 1.) L. 22 de her. pet. (5, 3): „— in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum“.

[6]) S. oben I. S. 219 zu A. 2. Vgl. Köppen de vi quam retro . . p. 11.

ist ja nicht die, dass sie eine selbständige juristische Person darstellt, sondern nur die, dass das Erbvermögen so aufrecht erhalten wird, wie wenn der Erblasser selbst noch dessen Träger wäre [1]). In diese universitas aber ist der Erbe schon vom Augenblick des Todes des Erblassers berufen und indem er die Berufung genehmigt, eignet er sich auch an, was seit jenem Zeitpunkte „Zwischeneigenthum" war [2]). Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft, aber nicht immer auch alterierende Wirkung [3]).

Im Folgenden sollen nun einige Hauptfälle in's Auge gefasst werden, in denen unsere Frage praktisch werden kann. Manches davon wurde schon früher erörtert; hier handelt es sich um die Verwerthung der seither gewonnenen Resultate.

§ 55. I. An einem rechtlichen Vorgange während der hereditas jacens war der Delat selbst betheiligt.

a) Der Delat hat vor seinem Antritte über ein zur Verlassenschaft gehöriges Vermögensstück eine rechtliche Verfügung getroffen.

Beispiele hierüber sind oben besprochen [4]); es wurde hiebei bemerkt, dass regelmässig in einer solchen Handlung eine pro herede gestio enthalten sein werde, in welchem Falle ohnehin kein Zweifel besteht; uns interessiert nur der immerhin mögliche Fall, in welchem das Gegentheil zutrifft [5]).

---

[1]) Oben II. S. 222, 223.

[2]) „Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur", l. 22 de usurp. (41, 3). Oben I. S. 88 fg., II. S. 52 A. 7, S. 109 A. 1.

[3]) Vgl. Windscheid I. § 74 A. 6, 7. Köppen success. Entst. S. 68 A. 152 stellt in dieser Beziehung die hereditas jacens mit dem peculium castrense zusammen.

[4]) I. S. 241 fg., 244 fg., 252 fg., 275 fg.; II. S. 59 fg.

[5]) Z. B. der Delat hat von seiner Berufung nichts gewusst; er hat „pietatis aut custodiae causa, aut pro suo gehandelt, etc. Vgl. l. 20 fg.

Bestände nun ein Pendenzverhältnis in dem Sinne, dass nur ungewiss ist, ob der Delat bereits Erbe sei oder nicht, und dass diese Ungewissheit durch den Erbschaftsantritt beseitigt werde, dann könnte vorläufig weder von Giltigkeit noch von Ungiltigkeit der betreffenden Verfügung des Delaten gesprochen werden, es wäre eben alles in der Schwebe. Dem Erbschaftsantritte aber kommt auch constitutive Wirkung zu. Darnach hat der Delat über eine ihm noch fremde Sache disponiert, seine Handlung erscheint also zur Zeit ihrer Vornahme als ungiltig. Es kann sich daher nur um die Frage handeln, ob sie mit dem Antritte des Delaten convalesciert[1])? Wer nun dem Erbschaftsantritte rückwirkende Kraft beilegt, wird die Frage vielleicht bejahen; wer aber die Rückwirkung leugnet, wird eine wahre Convalescenz jedenfalls in Abrede stellen, höchstens der Verfügung eine indirecte Wirksamkeit (in Form der exceptio doli — manchmal ebenfalls Convalescenz genannt[2]) —) beilegen[3]). Und sofern keine Rechtsordnung dem Erben gestatten kann, sich auf die Ungiltigkeit seiner eigenen Handlung zu berufen, bleibt nur die Wahl, entweder die Verfügung des Delaten rückwärts als giltig zu erklären, oder sie indirect als wirksam zu behandeln. Die Wirkung ist freilich in beiden Fällen eine verschiedene; man könnte im einen Fall (directe Convalescenz) von dinglicher, im anderen Fall (indirecte Convalescenz) von obligatorischer Wirkung sprechen. Dass letztere Wirkung nicht für alle Fälle ausreicht, liegt auf der Hand[4]).

---

de acquir. her. (29, 2). In l. 37 de contr. emt. (18, 1), wo von Jemandem gesprochen wird, der „fundum jure hereditario sibi delatum“ verkaufte, ist letzterer Ausdruck wohl im Sinne des Erwerbes gemeint.

[1]) Schnitzler a. a. O. S. 94 A. 13 meint, der Ausdruck „convalescieren“ bei Scheurl sei ungehörig, da es sich nur um nachherige Beseitigung einer bisherigen Ungewissheit handle; ferner S. 102 A. 15 eod. S. das im Texte Bemerkte.

[2]) Unger Syst. II. § 91 A. 65.

[3]) S. oben I. S. 242 A. 1, 2, S. 243 A. 3; S. 74 fg., 77 fg., 85 fg., 101; II. S. 30 fg.

[4]) Z. B. die vom Delaten veräusserte Erbschaftssache ging vom Erwerber später in's Eigenthum eines Dritten über; der Erbe fällt später in Concurs.

Gegen die wirkliche Convalescenz der Handlung möchte sich vielleicht Jemand auf den Satz berufen: „Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ [1]; wäre aber dieser Einwand begründet? Jener Satz bezieht sich auf Fälle absoluter Ungiltigkeit eines Rechtsactes, wobei allerdings die Convalescenz eine seltene Ausnahme bildet. Man spricht aber — obzwar in uneigentlichem Sinne — von Convalescenz auch in Fällen relativer (schwebender) Ungiltigkeit, selbst blosser Anfechtbarkeit; und sofern zu den Gründen der Convalescenz auch die Genehmigung der Partei gezählt wird, kann dann, wenn die zu einem Rechtsgeschäft erforderliche Genehmigung eines dritten Interessenten erfolgt, ebenfalls von Convalescenz gesprochen werden [2]. Handelt es sich nun in unserem Falle um absolute, um relative Ungiltigkeit? um blosse Unvollendetheit des Thatbestandes [3]? Allgemein kann die Frage überhaupt nicht in diesem oder in jenem Sinne beantwortet werden, auch wenn man davon ausgeht, dass der Delat über eine „res aliena“ verfügt habe. Sehen wir von dem Falle ganz ab, dass er als Vertreter der Erbschaft legitimiert war [4], — so kann er doch als negotiorum gestor für die Erbschaft gehandelt haben [5]; und wer der Ratihabition des dominus negotii überhaupt rückwirkende Kraft beilegt, wird das auch hier thun müssen, eine besondere Ratihabition seiner eigenen Handlung aber wird man vom antretenden Delaten doch nicht verlangen wollen [6]. Aber auch dann, wenn die

---

[1] Stellen: oben I. S. 242 A. 4; dazu l. 41 § 2 de leg. I.; l. 22 de pignor. (20, 1); l. 1 pr. de reg. Cat. (34, 7). Savigny Syst. IV. S. 554 fg.

[2] Vgl. Unger II. §§ 91, 92; Seuffert Ratihab. S. 120 fg.

[3] Vgl. Regelsberger Pand. I. § 176 mit § 118; Bekker Syst II. § 107.

[4] Für das österr. R.: § 810 a. b. G. B. (oben II. S. 119 in A. 4, S. 192 A. 6).

[5] Vgl. Vangerow III. § 664 S. 510 No. 3; Zimmermann. stellvertr. neg. gest. S. 247 fg. III. (S. 245 fg.); Mitteis Stellv. S. 251, dazu S. 234 fg. lit. d. — S. auch oben I. S. 221 A. 2.

[6] S. oben II. S. 40 fg.; dazu noch Bekker a. a. O. Anm. t. (Ueber Fälle stellvertretender neg. gestio ohne das Bedürfnis der Ratihabition vgl. Zimmermann a. a. O. S. 301 fg.) — In der Lehre der neg. gestio wird überall die Frage erörtert, ob die Erben des vor der Ratihabition

Voraussetzungen der negotiorum gestio nicht vorliegen, kann der Genehmigung (Bestätigung) rückwirkende Kraft zukommen [1]; und die Anwendung auf den Antritt des Delaten liegt wieder in dem Gesagten.

In Fällen dieser Art wäre die Convalescenz darin begründet, dass im Erbschaftsantritte stillschweigend die Genehmigung des betreffenden Rechtsgeschäftes enthalten sei, dieser aber rückwirkende Kraft zukomme. Es kommt aber noch ein anderer Gesichtspunkt in Betracht. Wenn gegen die auf die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes überhaupt gestützte Convalescenz eingewendet wird, dass der Delat über eine ihm noch fremde Sache verfügte, so ist dabei übersehen, dass die Sache dem Delaten nur insolange eine fremde war, als sich die conditio juris des Erbschaftsantrittes nicht erfüllte; wenn aber letzterer Act als die Genehmigung der Erbesberufung sich darstellt, so war die Sache, über welche der Delat disponierte, unter einer conditio juris seine eigene Sache [2]. Und nun vergleiche man das früher in Betreff der Verfügungen desjenigen, dessen Erwerb gegenüber dem Interimseigenthümer pendent ist, für das legatum per vindicationem, das castrense peculium Bemerkte [3], und man wird zum Schlusse gelangen, dass die directe Convalescenz sich auch durch juristische Gründe rechtfertigen lasse [4], ganz abgesehen davon, dass dieses Resultat dem Rechtsgefühle und dem praktischen Bedürfnisse besser entspricht, als die Annahme bloss indirecter Wirksamkeit nach Gesichtspunkten des Obligationenrechts. Aber — wird man sagen — ein positives Quellenzeugnis hiefür

---

verstorbenen Geschäftsherrn noch ratihabieren können (s. oben II. S. 41 A. 2); es sollte dabei auch der Fall in's Auge gefasst werden, dass der Geschäftsführer selbst den Geschäftsherrn beerbt.

[1] Vgl. Windscheid I. § 83 No. 2 (§ 74); Unger II. § 92 No. 4 (No. 5); Seuffert Ratihab. S. 110 fg.; Mitteis Stellvertr. S. 251 lit. c.; Regelsberger Pand. §§ 164, 147, 176.

[2] Vgl. die interessante l. 11 § 9 de don. i. V. et U. (24, 1); Fitting Rückziehung S. 88. Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 226 A. 301, 302; dagegen Mitteis a. a. O. S. 256 A. 328.

[3] II. S. 217 fg.

[4] S. auch oben I. S. 244.

steht doch nicht zu Gebote? Wir glauben jedoch, dass uns auch die Quellen nicht ganz im Stiche lassen. In Ansehung des peculium castrense haben wir oben die Convalescenz von Verfügungen des Hausvaters über castrensische Vermögensstücke für den Fall erwähnt, dass dem Vater dieses Vermögen jure peculii verbleibt [1]); wie aber, wenn der Vater aus dem Testamente des Sohnes Erbe dieses Vermögens wird? Die Quellen entscheiden sich für directe Convalescenz der Handlung des Vaters aus dem Grunde der Rückwirkung seines Erwerbes [2]) [3]).

---

[1]) II. S. 220 A. 4.

[2]) L. 20 de castr. pec. (49, 17). Auf diese Entscheidung des Juristen Paulus werden wir, da es sich hierbei um die rechtliche Natur des peculium castrense handelt, im Anhange zurückkommen. Daselbst ist noch eine andere werthvolle Stelle Ulpian's (l. 1 § 22 de collat. 37, 6) zu erörtern.

[3]) Gegenüber der oben I. S. 245 fg. gegebenen Auslegung der l. 20 § 1 de cond. inst. (28, 7) vertritt Ivo Pfaff (favor libertatis, 1894 S. 36) mit Leist (Glück S. d. B. 37, 38, IV. S. 428) die Ansicht, dass es sich in diesem Fragmente um eine der Erbeinsetzung beigefügte Auflage, nicht um eine Bedingung handle; und er hält dafür entscheidend, dass sonst der Erbe durch die erfolgte Freilassung die Bedingung erfüllt und die Erbschaft durch pro herede gestio angetreten hätte, während die Stelle eine später erfolgte Adition annehme, indem sie ausdrücklich hervorhebe, dass die Convalescenz post aditionem eintrete.

Dass bei Annahme einer Bedingung der Erbe durch die Vornahme des Manumissionsactes die Bedingung erfüllt hätte, dagegen haben wir betont, dass der Manumissor noch nicht Erbe, ja noch nicht einmal Delat war; und wenn Leist es für ‚gekünstelt' erklärt, ‚von der nichts bedeutenden Formalität der Freilassung vor dem Erbegewordensein zu sagen: verum est enim eum manumisisse', so hat Labeo diese Formalität für so erheblich erachtet, dass er den Manumissionsact als an sich nichtig erklärt. (Vgl. auch l. 36 de manum. 40, 4 — l. 7 §§ 1, 2 de oper. libert. 38, 1 —, l. 13 § 3 de statulib. 40, 7.) Dass ferner in der Erfüllung der Bedingung eine pro herede gestio gelegen wäre, lässt sich auch kaum so allgemein behaupten, sofern durch die Erfüllung der Bedingung erst die Delation begründet wird; zwar haben auch wir (I. S. 249 A. 1) die l. 62 pr. de acquir. her. (29, 2) citiert, es sind aber auch noch andere Stellen zu beachten (l. 13 de cond. inst. 28, 7, l. 1 § 1 de condict. c. d. c. n. s. 12, 4. Ueber die conditio jurisjurandi — l. 8 de cond. inst. — s. die Lit. in Arndts Pand. § 72 A. 5, g, § 495

b) Der Delat hat vor seinem Antritte über ein zwischen ihm und der Verlassenschaft bestehendes Rechtsverhältnis eine Verfügung getroffen.

Beispiele hievon wurden bereits oben erörtert [1]). Von der Frage ganz abgesehen, ob eine solche Verfügung nicht in einem

---

A. 6; Pernice Labeo III, 1 S. 47 fg.; J. Pfaff z. L. v. sog. in fraudem legis agere S. 124 fg.).

Wollten wir aber auch annehmen, es sei in der Stelle eine Auflage gemeint, so wäre zwar die Delation nicht aufgeschoben, und vom Augenblick der Delation wäre auch die aditio oder pro herede gestio möglich (l. 21 § 2 de acquir. her.); würde aber letztere nicht noch viel eher in der Erfüllung der Auflage enthalten sein? (vgl. l. 8 § 6 de cond. inst., l. 42 § 3 de acquir. her.). Und dennoch sagt unsere Stelle vom Manumissor, der bei Annahme einer Auflage schon Delat war: „quamvis si manumiserit, nihil agat", und nimmt J. Pfaff selbst eine später erfolgte Adition desselben an, durch welche erst die Freilassung convalescierte.

So müssen wir denn an unserer Auffassung festhalten: der Erblasser hat allerdings wörtlich die Manumission demjenigen aufgetragen, der sein Erbe werden soll (also die Freiheit nicht selbst ertheilt — ein Unterschied, der besonders für die Patronatsrechte wichtig ist —); in diesem Auftrag ist eben das „secundum voluntatem testatoris" begründet (vgl. l. 9 pr., l. 19, l. 56 de manum test. 40, 4, l. 26 pr. (l. 34) de fideicomm. lib. 40, 5, l. 13 pr., l. 20 § 6 de statulib. 40, 7; l. 85 (84) pr. de her. inst. (28, 5), l. 31 de leg. II.; — Enneccerus Rechtsgesch. S. 302 erblickt in dieser Berufung auf den Willen des Testators einen schlagenden Beweis, dass es sich lediglich um eine favore libertatis geschaffene Singularität handle; die anticipierende Manumission des Erben als solche schien Labeo nicht genügend —). Aber im vorliegenden Falle war die Erfüllung jenes Auftrages als Bedingung der Erbeinsetzung gedacht: dies ergiebt sich, wenn nicht aus der Art der Anordnung („jussus est manumittere et heres esse"), so doch aus dem vom Juristen erhobenen Bedenken. (Vgl. die Glosse.) In anderen ähnlichen Fällen mag ja die Unterscheidung, ob eine Auflage oder eine Bedingung vorliege, schwierig sein (vgl. Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 615 (558, Excurse II. S. 336; Regelsberger Pand. I. S. 615); der Gebrauch des Wortes condicio ist nicht immer entscheidend (vgl. l. 44 de her. inst. (28, 5); l. 8 § 7 de cond. inst. (28, 7); Windscheid Pand. I. § 97 A. 2).

[1]) I. S. 263 fg.: der Delat hat eine Forderung gegen die Erbschaft und cediert sie einem Dritten, oder er verzichtet auf dieselbe; er erwirbt

concreten Falle die Repudiation der Erbschaft enthalten könnte [1]), liesse sich, wenn vor dem Antritte nur pendent wäre, ob der Delat bereits Erbe sei oder nicht, weder von Giltigkeit noch von Ungiltigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes, sondern nur von Schwebe („relativer Ungiltigkeit") sprechen. Von dem Standpunkte, dass dem Erbschaftsantritte auch constitutive Wirkung zukomme und dass während der hereditas jacens der Zustand der Gegenwart (= der bisherige Zustand) massgebend sei, muss man sagen, von vornherein erscheine das Rechtsgeschäft des Delaten als giltig zu Stande gekommen, sofern die Erbschaft ihm noch als fremdes Vermögen gegenüberstand, das Rechtsverhältnis mit derselben, über welches er verfügte, also noch nicht durch Confusion untergegangen war. Wer nun dem Erbschaftsantritte überhaupt die rückwirkende Kraft abspricht, für den ist es selbstverständlich, dass das giltig zu Stande gekommene Geschäft auch giltig bleibe [2]). Vom Standpunkte der Rückwirkung wurden verschiedene Ansichten geäussert [3]). Dass dem Verkehrsbedürfnis nur die Aufrechthaltung der durch das betreffende Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtslage entspreche, ist klar; wie soll sich aber dieselbe mit der Rückwirkungstheorie vertragen, wenn die Bedeutung der Rückwirkung dahin bestimmt wird, dass der Delat schon als solcher nicht mehr in dem Rechtsverhältnis stand, über welches er verfügte?

---

oder erlässt eine Sicherstellung; oder er hat eine Schuld an die Erbschaft und überbindet sie einem Dritten, er bestellt dafür eine Sicherheit, etc. etc. — Oder es bestand zwischen seinem und einem erbschaftlichen Grundstücke eine Realservitut (s. oben I. S. 274 fg.) und er veräussert das erstere.

[1]) Vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. V. S. 138 fg.: „Wer, obwohl mit seinem Erbrecht bekannt, z. B. als Gläubiger eine Forderung gegen die Erbschaft verfolgt, . . . der erklärt damit stillschweigend, dass er selbst nicht Erbe werden will."

[2]) Wenn der Delat z. B. seine Forderung gegen die Erbschaft einem Dritten cediert hätte, wäre auf ihn als Erben die Schuld der Erbschaft übergegangen, während der Cessionar Gläubiger bliebe.

[3]) Ihering: Giltigkeit nach neuerem, Ungiltigkeit nach älterem röm. R.; Scheurl: Giltigkeit, aber als Modification der Regel von der Rückwirkung. S. oben I. S. 263 fg.

Vielleicht möchte sich Jemand auf den Satz berufen: „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt [1]).“ Aber dieser schon bei den Römern nicht unbestrittene und nicht ausnahmslos giltige Satz würde höchstens von den Gegnern der Rückwirkung verwerthet werden können, nicht auch von den Vertretern derselben; denn diesen ist der Erbantritt ein „casus“, der nur zeige, was schon vom Anfang vorhanden war. Uebrigens würde auch aus der Annahme der Ungiltigkeit des Rechtsactes noch nicht folgen, dass der Erbe sich auf die Ungiltigkeit desselben auch berufen könne; aber damit hätten wir doch nur eine indirecte Aufrechthaltung des Rechtsactes nach Gesichtspunkten des Obligationenrechts (bona fides, ungerechtfertigte Bereicherung, Gewährleistung) [2]); und hiernach wäre die Stellung des Dritten, der sich mit dem Delaten in das betreffende Geschäft einliess, eine mehr oder weniger sichere, je nachdem der Delat die Erbschaft antritt oder ausschlägt; dies aber entspricht sicher nicht dem Verkehrsbedürfnis, das eine vom späteren Verhalten des Delaten unabhängige Stellung des Dritten verlangt, nachdem die anfängliche Giltigkeit des Geschäftes nicht zu bezweifeln ist. Und dies dürfte auch der Standpunkt des römischen Rechtes sein, aus dessen Quellen sich immerhin so viel ergibt, dass die für den Dritten durch das Rechtsgeschäft mit dem Delaten geschaffene Rechtslage nicht hinterher alteriert werden dürfe [3]). Folgt aber daraus, dass die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes überhaupt zu negieren sei?

Als ein möglicher Weg, die fortdauernde Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu begründen, wurde oben der der Conversion des Rechtsgeschäftes bezeichnet [4]); und hiernach

---

[1]) L. 85 § 1 de R. J. (50, 17), § 14 J. de leg. (2, 20); s. aber auch l. 98 pr., l. 140 § 2 de V. O. (45, 1), l. 3 § 2 de his quae pro non scripto (34, 8). Savigny Syst. IV. S. 552 fg.; Regelsberger Pand. I. § 175.

[2]) Oben I. S. 268 fg.

[3]) Vgl. z. B. l. 3 § 1 de pecul. (15, 1); oben I. S. 194.

[4]) S. oben I. S. 269 fg. Vgl. jetzt auch Regelsberger Pand. I § 175 S. 638.

bestände bei Abschluss des Rechtsgeschäftes nur die Schwebe, ob das von den Parteien zunächst beabsichtigte, oder ein anderes gleichen materiellen Inhaltes zu Stande gekommen sei [1]). Dass diese Construction juristisch möglich sei, wird nicht geleugnet werden können; und damit wäre schon der Einwand widerlegt, dass die Annahme der Rückwirkung die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes aus dem Grunde bereits eingetretener Confusion zur Folge hätte. Allerdings dürfte dieser Weg nicht in allen Fällen das Interesse des Dritten vollständig zu wahren vermögen [2]). Sollte sich aber nicht auch die directe Aufrechterhaltung des alten Rechtsverhältnisses begründen lassen? Die Opposition gegen die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes hat hier allerdings ein leichteres Spiel als im vorigen Falle; wir meinen aber, dass auch die Rückwirkungstheorie, wenn sie nicht als blosse Declarationstheorie verstanden wird, zu einem befriedigenden Resultate gelange.

Es wurde wiederholt betont, dass, wenn das Rechtsverhältnis der hereditas jacens als Pendenzverhältnis mit Zwischeneigenthum aufgefasst wird, die nachträgliche Alterierung von in der Zwischenzeit eingetretenen Wirkungen aus der Person des Erben überhaupt nicht eine nothwendige Consequenz für alle Fälle sei [3]), namentlich dann nicht, wenn das Gegentheil durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit geboten erscheint [4]). Für den in Rede stehenden Fall drängt sich insbesondere der Vergleich mit anderen Pendenzfällen auf, in denen Jemand über sein Recht, dessen Aufhebung unter einer conditio juris steht, vor Erfüllung

---

[1]) Z. B. ob die wirkliche Cession einer Forderung des Delaten gegen die Erbschaft an den Dritten, oder die Neubegründung einer Forderung gleichen Inhaltes gegen den Delaten für den Dritten zu Stande gekommen sei.

[2]) Z. B. die vom Delaten cedierte Forderung war durch ein Pfandrecht älteren Ranges versichert; im Falle der Conversion hätte das Pfandrecht seinen Rang erst vom Zeitpunkt der letzteren, man müsste denn eine hypothekarische Succession annehmen.

[3]) Oben II. S. 219 fg.

[4]) Oben S. 36, 61. Vgl. Windscheid I. § 74 A. 7, § 83 A. 10 i. f.

derselben zu Gunsten eines Anderen verfügt [1]). Angewandt auf den Erbschaftsdelaten liesse sich sagen, die durch den Erbschaftserwerb sonst bewirkte Confusion habe für das betreffende Recht keine Wirkung. Nun gibt es allerdings von der Regel des Unterganges von Rechten durch erbrechtliche Confusion gewisse Modificationen [2]); aber wie würde hiernach unser Fall zu construieren sein? Nach dem Gesichtspunkte, dass die im Erbschaftsantritte liegende Genehmigung des Delaten sich nicht auch auf das Rechtsverhältnis erstrecken könne, über das er bereits eine Verfügung getroffen hat [3]), würde man zu einer Hemmung der Confusion in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses gelangen [4]). Wer aber diese Construction zu künstlich finden sollte [5]), darf doch folgender Erwägung sich nicht verschliessen.

Es ist bekannt, wie die Römer sich gegen gewisse unerwünschte Wirkungen der erbrechtlichen Confusion durch das Mittel der — wirklichen oder fingierten — Restitution zu helfen verstanden [6]); so insbesondere auch im Falle des Erbschafts-

---

[1]) Z. B. der Erbe hat an der einem Anderen dinglich legierten Sache ein Pfandrecht für eine Forderung und bestellt daran ein Afterpfandrecht, hierauf repudiiert der Legatar; oder der Hausvater hat gegenüber dem castrensischen Vermögen eine Forderung und cediert oder verpfändet sie einem Anderen, dann verbleibt ihm jenes Vermögen jure peculii; oder der dominus negotii tritt seine Forderung gegen einen Dritten, für welche der negotiorum gestor die Zahlung oder Acceptilation erwirkte, vor der Ratihabition einem Vierten ab.

[2]) Vgl. l. 95 §§ 2 fg. de solut. (46, 3).

[3]) Vgl. in Betreff der Construction des (A. 1) erwähnten Falles der neg. gestio: Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 248 fg.; Mitteis Stellvertr. S. 236 fg.

[4]) Ein Fall specieller Hemmung. Die Hemmung beim Vindicationslegat ergibt sich aus der Ausscheidung des betreffenden Erbschaftsstückes. Die Hemmung in anderen Fällen ist eine mehr factische und generelle, vgl. Windscheid III. § 605 A. 8 (auch oben I. S. 31 A. 4).

[5]) Hiernach würde z. B. der Delat, wenn er seine Forderung gegen die Erbschaft cediert hätte, mit seinem Antritt rückwärts bis zu jener Cession an die Stelle der Erbschaft als Schuldner getreten sein.

[6]) Stellen bei Windscheid III. § 605 A. 7.

kaufes [1]), des Universalfideicommisses [2]). Hiernach bleibt aus Schuldverhältnissen zwischen Erbschaft und Erben letzterer dem Erwerber gegenüber ungeachtet der eingetretenen Confusion berechtigt bezw. verpflichtet, und dingliche Rechte solcher Art werden einfach restituiert [3]) [4]). Und analog lässt sich auch der uns beschäftigende Fall construieren: das Rechtsverhältnis des Delaten gegenüber der Erbschaft, über welches dieser zu Gunsten einer anderen Person vor dem Erbschaftsantritte verfügt hat, wirkt für diese Person, obwohl es an und für sich durch Confusion untergegangen war, als restituiert gegen den jetzigen Erben fort.

c. Andere Fälle einer rechtlichen Beziehung des Delaten zur Erbschaft im Verhältnis zum späteren Erbschaftsantritte.

Es ist nicht möglich, alle Fälle dieser Art einer Erörterung zu unterziehen. Einzelnes hievon wurde bereits früher in's Auge

---

[1]) Windscheid III. § 621 A. 12.

[2]) Windscheid III. § 665 A. 2 fg., insbes. A. 4a.

[3]) Für den Fall des Erbschaftskaufes vgl. l. 2 § 2 de her. vend. (18, 4) — zu bemerken die Worte: „quamvis post mortem debere desiit (sc. debitor) adita a venditore (i. e. creditore) hereditate“ —; §§ 19, 20 eod.; l. 20 eod. (dazu l. 6 eod.). Wenn hier der Verkauf der Erbschaft — und damit auch einer Forderung oder Schuld derselben gegenüber dem Erben — erst nach dem Antritte des letzteren erfolgt ist, so liegt unter Voraussetzung der Rückwirkung des Antrittes doch das gleiche Verhältnis vor, wie wenn der Verkauf einer Forderung des Delaten gegen die Erbschaft vor dem Antritte erfolgte. [In Betreff der Controverse, ob es nach Justinianischem Rechte noch einen Erbschaftsverkauf vor dem Antritte gebe (oben I. S. 377 fg.), kommt die Möglichkeit einer pro herede gestio in solcher Handlung zu berücksichtigen (oben I. S. 382 A. 2). Die l. 6 de R. J. steht nicht im Wege; Erklärungen derselben in der Glosse; man kann dabei an Ablehnung zu Gunsten eines Nachberufenen denken, oder an Ueberleitung nur dem praktischen Effecte nach; die alte in jure cessio der hereditas legitima kommt wohl kaum in Frage (s. aber Arndts Pand. § 512 A. 1, Windscheid III. § 601 A. 4, Köppen Jahrb. f. Dogm. V. S. 181).]

[4]) Aus dem österr. R. vgl. § 1279 a. b. G. B.; §§ 802, 1445 eod. (Unger VI. § 49, § 48 A. 12, § 42). Deutsches b. G. B. sub v. „Vereinigung.“

gefasst[1]); hier sollen noch zwei besonders charakteristische Rechtsverhältnisse gewürdigt werden.

Das Eine derselben betrifft die collatio emancipati in Ansehung einer von ihm erworbenen Erbschaft eines Dritten. Der Fall ist folgender: Einem emancipierten Kinde war beim Tode seines Vaters die Erbschaft einer anderen Person bereits deferiert, sie wurde aber von ihm erst nach dem Tode des Vaters angetreten. Da entsteht die Frage, ob diese Erbschaft einen Gegenstand der Collation bilde?

Diese Frage wird von Fein[2]) bejaht, u. z. aus dem Grunde, weil der Erbschaftserwerb stets auf die Todeszeit des Erblassers zurückzudatieren sei, das emancipierte Kind also die Erbschaft noch für seinen Gewalthaber erworben hätte, wenn es Suus geblieben wäre[3]) —; ebenso von Leist[4]). Fitting hingegen[5]) verneint die Frage aus dem Grunde, weil ein Emancipierter nichts weiter zu conferieren habe, als was er, gesetzt dass er Suus geblieben wäre, nicht für sich, sondern für seinen Gewalthaber erworben hätte, ein Suus aber eine ihm zur Zeit des Todes seines Gewalthabers bereits deferierte, aber noch nicht auf Geheiss des letzteren von ihm angetretene Erbschaft durch seinen Antritt nach dem Tode des Gewalthabers unzweifelhaft für sich selbst erwerbe, und nicht etwa als einen nachträglich zum Vorschein gekommenen Theil des Nachlasses des Gewalthabers mit den übrigen Kindern desselben theilen müsse. Dafür beruft er sich auf eine Anzahl von Quellenstellen[6]).

Betrachten wir zunächst den durch den Tod seines Gewalthabers gewaltfrei gewordenen Suus. Für diesen wird allerdings

[1]) Oben I. S. 249 fg., 251 fg., 270 fg., 274, 275 fg.

[2]) Das Recht der Collation S. 51 fg.

[3]) Wie Fein eod. S. 41 fg., 47 fg., so begründet auch Schnitzler de hered. jac. natura p. 107 fg. die in l. 2 pr. de coll. (37, 6) für den Enkel von einem emancipierten Kinde gegenüber der grossväterlichen Erbschaft behauptete Collationspflicht mit der Rückwirkung seines Erbschaftserwerbes nach dem Emancipierten.

[4]) In Glück Serie d. B. 37 u. 38, III. Th. S. 215.

[5]) Das castr. peculium S. 277 in Anm. 9.

[6]) l. 6 § 4, l. 25 § 5, l. 62 § 1, l. 64, l. 80 § 2, l. 82 de acquir. her. (29, 2), § 1 i. f. J. de her. inst. (28, 5).

zuzugeben sein, dass er eine solche Erbschaft mit den übrigen Kindern nicht zu theilen hätte. Die von Fitting citierten Stellen [1]) sagen zwar nur, dass ein vom Gewalthaber ertheilter jussus zum Antritte des eingesetzten Gewaltunterworfenen durch den Tod des Gewalthabers oder gewisse andere Umstände seine Kraft verliere, sofern noch nicht angetreten war — eben weil der jussus mit der Person des Jubierenden zusammenhängt [2]), und dass der Gewaltunterworfene, wenn er in ein anderes Gewaltverhältnis kommt, auch eines neuen jussus zum Antritte bedürfe, wenn er aber gewaltfrei wird — namentlich durch den Tod seines Gewalthabers — die Erbschaft für sich selbst erwerbe. Darin liegt aber allerdings, dass er die Erbschaft nicht für den väterlichen Nachlass erworben habe, dass er sie daher auch nicht mit den übrigen Sui zu theilen habe. Letztere sind ja durch den Tod des Gewalthabers ebenfalls eigenberechtigt und erwerbsfähig geworden [4]), auch hätte ersterer die ihm deferierte Erbschaft zweifesohne ausschlagen können [5]).

Würde aber — so könnte man fragen — bei Rückwirkung des Erbschaftsantrittes nicht das Gegentheil gelten müssen? und liegt daher in der Negierung der Theilungspflicht nicht ein Beweis gegen jene Rückwirkung? Diese Frage aber ist offenbar zu verneinen; denn auch im Falle der Rückwirkung könnte es nicht zur Theilung kommen. Zum Erwerbe für den Gewalthaber hätte es eines jussus desselben bedurft, der aber entweder nicht ertheilt wurde, oder durch den Tod des Gewalthabers seine Kraft verloren hat. Der spätere Erbschaftsantritt des Gewaltfreigewordenen kann also nie in dem Sinne zurückwirken, dass er die

---

[1]) Vgl. dazu auch l. 35 eod. (zu l. 80 §§ 2, 3 cit.) l. 53 eod.; oben I. S. 455 A. 1.

[2]) L. 33 pr. de stip. serv. (45, 3); oben I. S. 207 fg.

[3]) Ueber einige dieser Stellen vgl. auch Salkowski Sklavenerwerb S. 10 fg.

[4]) Vgl. Arndts civil. Schr. II. S. 241.

[5]) § 1. J. cit. i. f.: „— suo arbitrio adire potest hereditatem"; l. 12 pr. de inoff. test. (5, 2): „— ut ille suo arbitrio adeat hereditatem . ."; c. 15 C. de jure deliber. (6, 30). Vgl. auch l. 89 de leg. I., l. 62 de leg. II.

Erbschaft des Dritten durch eigenen Willen für den früheren Gewalthaber selbst, bezw. für dessen Nachlass erworben habe. Ein Hauskind konnte wohl für seinen Gewalthaber einen Erwerb machen, ihn aber beliebig durch Rechtsgeschäfte verpflichten konnte es nicht [1]); der Grund aber, weshalb es zum Antritte der Erbschaft eines Dritten des jussus seines Gewalthabers bedurfte, war gerade der, „ne aeri alieno pater obligaretur“ [2]).

Aber — wird man nun weiter fragen —, wenn der Gewaltfreigewordene die Erbschaft durch seinen Antritt für sich selbst erwirbt, wie soll dieser sein Erwerb auf eine Zeit zurückbezogen werden, in welcher er noch unter väterlicher Gewalt stand, jeder Erwerb desselben aber dem Vater zufiel? Dieser Einwurf erscheint auf den ersten Blick so erheblich, dass man sich wundern muss, wie selbst die entschiedensten Gegner der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantrittes sich denselben entgehen lasssen konnten; denn dass er ihnen, die sonst alle erdenklichen Gründe gegen die Rückwirkung in's Feld führen, als ganz unbegründet erschienen wäre, ist schwer anzunehmen. Wir wollen daher diesen Einwurf selbst erheben, aber auch auf seine Stichhältigkeit prüfen; denn es wäre beinahe komisch, wenn das Rückwirkungsprinzip gerade an dieser Klippe scheitern sollte.

Zunächst sei neuerlich betont, dass dieses Prinzip nicht bedeute, es werde fingiert, dass der Erbe schon im Augenblicke des Todes des Erblassers, also in unserem Falle noch bei Lebzeiten seines früheren Gewalthabers angetreten und erworben habe, sondern dass es nur den Sinn habe, der Erbe werde rechtlich so behandelt, wie wenn er schon früher Erbe geworden wäre; dass ferner dieses Prinzip in dem Gesichtspunkte der Genehmigung des einseitigen Erbberufungswillens begründet sei, welcher Gesichtspunkt auch bei Einsetzung eines Gewaltunterworfenen nicht ausgeschlossen wird [3]). Unter Voraussetzung

---

[1]) Vgl. Karlowa Röm. Rechtsgesch. II. 1 S. 83., 91 fg.

[2]) L. 6 pr. de acquir. her. 29, 2); l. 8 pr. eod.; vgl. auch l. 25 § 11 eod.: „— quoniam non fecit deteriorem conditionem patris“. Interessant die l. 58 sol. matrim. (24, 3). Vgl. oben I. S. 199 fg.

[3]) Oben I. S. 427.

solcher Rückwirkung steht dann auch ausser Zweifel, dass, wenn der eingesetzte Haussohn noch bei Lebzeiten des Gewalthabers über dessen jussus angetreten hätte, er dadurch demselben die Erbschaft ex tunc erworben hätte; ebenso dass, wenn er bereits damals gewaltfrei gewesen wäre, er die Erbschaft sich selbst, mit der Wirkung ex tunc, erworben hätte. Zu erwägen ist ferner, dass bei Einsetzung eines Gewaltunterworfenen die Delation an diesen selbst erfolgt, wie auch nur er antreten kann, nicht sein Gewalthaber [1]). Gilt dies schon für den Sklaven, so kommt für den Haussohn noch hinzu, dass er ein auch privatrechtsfähiges Wesen ist, nur dass diese Fähigkeit einstweilen durch die Hausgewalt des pater familias gebunden erscheint, was allerdings zur Folge hat, dass die Wirkungen seiner Erwerbsacte nicht in seiner Person, sondern in der seines Gewalthabers eintreten [2]); ferner dass es bei der Erbeinsetzung eines Haussohnes von Seiten des dritten Testators ohne Zweifel auf den honor des Eingesetzten selbst, nicht seines Gewalthabers abgesehen ist [3]), wie ja auch die sonstigen Voraussetzungen, abgesehen von der testamenti factio, und die Erfordernisse des Antrittes aus der Person des Eingesetzten zu beurtheilen sind [4]).

---

[1]) Oben I. S. 196 fg., 206 fg., S. 427. Dazu s. noch l. 25 §§ 3, 4, 5 de acquir. her. (29, 2), l. 30 § 7 eod.; l. 6 § 3 eod. (In dem oben II. S. 58 zu A. 1 vorausgesetztem Falle war der Gewalthaber selbst der Delat.)

[2]) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 83 fg. S. ferner Mühlenbruch in Glück 39 S. 211 fg., 229 fg.; Savigny Syst. II. S. 52 fg.; Scheurl Beitr. I. S. 232 fg. (dazu Arndts Pand. § 28 A. 4).

[3]) L. 3 § 2 de leg. praest. (37, 5), Karlowa a. a. O. S. 88 fg. S. auch l. 63 § 4 ad S. C. Trebell. (36, 1); vgl. ferner l. 23 de m. c. d. (39, 6), l. 44 eod. — Der Unterschied, ob der dritte Testator den Hausvater selbst oder dessen Haussohn eingesetzt hat, tritt auch darin hervor, dass im ersteren Falle, wenn der Hausvater ohne Antritt sterben würde, der Haussohn nicht antreten könnte (von Transmission abgesehen).

[4]) Karlowa a. a. O. S. 89; ferner Mandry d. gem. Fam. Güterrecht I. S. 98 fg. Vgl. l. 30 § 7 de acquir. her. (29, 2); aber auch l. 8 § 1 eod. Vgl. auch l. 45 pr. eod.: „Aditio hereditatis non est in opera servili“; (dazu § 1 eod., ferner l. 58 sol. matrim. (24, 3); l. 47 de acquir. r. d. (41, 1).

Würde es sich um blossen Eigenthumserwerb handeln, wobei der Erwerber zur Zeit des Ereignisses, welches den ursprünglichen Grund des Erwerbes bildet, fremder Gewalt unterworfen war, beim Eintritt des entscheidenden Umstandes aber gewaltfrei ist, so wäre nach Fitting[1]) für die Frage, ob der frühere Gewalthaber oder der später Gewaltfreigewordene das Eigenthum erwerbe, im Falle der Rückziehung das Eigenthum jedenfalls dem ersteren zuzuschreiben, im Falle der „Vorwirkung" aber zu unterscheiden, ob der Zwischenzustand rechtlicher Gebundenheit der Sache bloss eine objective Eigenschaft der Sache bildet[2]), oder aber zugleich schon mit dem Rechte einer Person verbunden ist, und im ersteren Falle das Eigenthum dem jetzigen Gewaltfreien, im letzteren Falle aber dem früheren Gewalthaber zuzuerkennen.

Bei der Erbeinsetzung eines fremden Haussohnes aber ist dieser es, für welchen jenes „Anrecht" entsteht, welches wir als „Erbanfall" bezeichnen und dessen rechtliche Natur wir zu bestimmen suchten[3]). Dasselbe hat, solange der Sohn unter der väterlichen Gewalt steht, das Erbewerden des Hausvaters, eventuell aber sein eigenes Erbewerden zum Ziele. Der Vater mag Gründe haben, den zum Antritte des Sohnes erforderlichen jussus zu verweigern; in solcher Verweigerung aber liegt noch nicht eine Repudiation, ja diese könnte der Vater wohl nicht ohne Zustimmung des Sohnes wirksam erklären[4]). Ertheilt er dem Sohne diesen jussus, so wird zwar aus dem Antritte des Sohnes er selbst Erbe, immerhin aber durch den Sohn[5]). Der

---

[1]) Rückziehung S. 99 fg. (und dazu die S. 109 citierten Stellen); in Betreff der Obligationen: S. 53 fg. (S. 39 A. 64). Vgl. auch Ennecerus Rechtsgesch. S. 327 fg., 367 fg., 431 fg.; Puntschart die mod. Theorie S. 36 fg.; J. Pfaff favor libert. S. 5.

[2]) S. auch Fitting a. a. O. S. 65 fg.

[3]) I. S. 362 fg., 439 fg.

[4]) L. 13 § 3 de acquir. her. (29, 2). S. Mandry Famil. Güterr. I. S. 107 fg.; Pernice Labeo I. S. 165 Z. 7; Salkowski Sklavenerwerb S. 12 A. 18.

[5]) L. 79 de acquir. her. (29, 2), s. oben I. S. 207 A. 2; l. 32 § 1 de her. inst. (28, 5). Vgl. Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven

Sachverhalt ist eben ein ganz anderer als beim Erwerbe durch freie Stellvertretung [1]), deren Zulässigkeit für den Erbschaftsantritt bestritten ist [2]); und wenn der jussus des Gewalthabers überhaupt mit dem betreffenden Erwerbsacte in keinem Zusammenhange steht [3]), hat die Nothwendigkeit desselben für den Erbschaftsantritt des Gewaltunterworfenen auch nur in dem oben [4]) erwähnten Gesichtspunkte seinen Grund.

So ist denn allerdings der Antritt des Sohnes ohne jussus des Hausvaters ohne Wirkung: sowohl für den Sohn, sofern er nur Erwerbsorgan des Vaters ist, als auch für den Vater, sofern dieser nicht ohne oder gegen seinen Willen Erbe wird [5]). Ist nun aber der Vater vor dem Antritt des Sohnes gestorben — sei es, dass er keinen jussus ertheilt hat, oder der ertheilte durch seinen Tod erloschen ist —, so kann der Sohn durch eigenen Willen („suo arbitrio") antreten, und die Wirkung des Antrittes entsteht in seiner Person. Aber deferiert war ihm schon bei Lebzeiten des Vaters, und diese Delation bringt er durch seinen Antritt zur Wirksamkeit; das Hindernis aber, welches für ihn früher in der Person seines Hausvaters gelegen war, besteht nicht.

S. 17 A. 38, S. 21 fg., S. 49; Karlowa a. a. O. S. 89; anders Mitteis Stellvertr. S. 6; s. ferner Kuntze der serv. fructuar. S. 67, 73, dagegen Salkowski Sklavenerwerb S. 217 A. 35. Interessant ist die l. 140 de V. S. (50, 16): „Cepisse quis intelligitur, quamvis alii adquisiit". (Lenel Palingen. I. p. 1131 citiert dazu die l. 23 de m. c. d. 39, 6.)

[1]) Windscheid I. § 73 A. 2 i. f. mit Citaten; Zimmermann stellvertr. neg. gestio S. 32; Mitteis Stellvertr. S. 6.

[2]) Oben I. S. 428.

[3]) Citate oben S. 427 A. 1, dazu Karlowa a. a. O. S. 102 fg. Vgl. l. 25 § 4 de acquir. her. (29, 2) mit der Gegenüberstellung von jussus und auctoritas.

[4]) II. S. 237 A. 2.

[5]) Gaius II. 187; l. 47 de acquir. her. (29, 2), l. 10 § 1 de acq. rer. dom. (41, 1). Anders im Falle der l. 52 de acq. her. Vgl. ferner l. 6 § 5 eod., l. 13 de bon. libert. (38, 2) S. Arndts civil. Schr. II. S. 7 fg., Pand. § 511 zu A. 2, Windscheid III. § 595 A. 2; im Hinblick auf l. 18 pr. de castr. pec.: Fitting de castr. pec. S. 109 fg., 179 fg. 265 A. 1, S. 354, 375 i. f.

mehr; und es war doch auch früher ein mehr formelles Hindernis [1]). Soll da nicht gesagt werden können, der Eingesetzte sei rechtlich so zu behandeln, wie wenn er schon damals und für sich erworben hätte? Wenn man bei Ertheilung der bonorum possessio an ein emancipiertes Kind sich der Gedankenform bediente, dasselbe sei so zu betrachten, wie wenn es noch in väterlicher Gewalt stände [2]), so ist schwer einzusehen, warum für den Erbschaftserwerb des Gewaltfreigewordenen nicht ebenfalls die Gedankenform zulässig sein sollte: es sei alles so zu halten, wie wenn er schon damals gewaltfrei gewesen und die Erbschaft erworben hätte [3]). Eine Fiction liegt in beiden Fällen nicht vor, sondern nur der Gedanke rechtlicher Gleichstellung [4]).

---

[1]) L. 11 de lib. et postum. (28, 2). S. oben I. S. 17, 36, 429 fg.; dazu vgl. noch: Mandry a. a. O. I. §§ 3—6; Karlowa röm. R. G. II. 1 § 4 fg.; Voigt röm. R. G. I. § 12; Puntschart d. mod. Theorie S. 381 fg.; Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 272 fg., S. 277.

[2]) Gaius III. 26: „— proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent . .“; vgl. auch eod. III. 32, IV. 34.

[3]) Die Fiction, dass durch ihn der Vater erworben habe, ist ganz ausgeschlossen, einmal weil der jussus fehlt, dann weil die Quellen sagen, er habe „sibi“ erworben, endlich weil er sonst im Falle seiner Exheredation gar nichts bekäme.

[4]) Es lassen sich interessante Analogien denken:

So der Fall, dass der Haussohn sich von einem Dritten unter einer Potestativbedingung versprechen liess und er erst nach dem Tode des Vaters die Bedingung erfüllt. Hat diese Erfüllung rückwirkende Kraft, dann reicht sie in die Zeit der väterlichen Gewalt zurück; wer aber möchte hier den Erwerb dem Vater zusprechen? Vgl. l. 47 § 1 de fidejuss. (46, 1), l. 132 § 1 de V. O. (45, 1) — gegenüber l. 78 pr. eod. (45, 1), l. 40 de stip. serv. (45, 3), l. 18 de R. J. (50, 17), l. 2 § 3 de coll. (37, 6), Fitting Rückzieh. S. 54 fg.

Oder der Fall, dass der dominus negotii vor der Ratihabition des für ihn abgeschlossenen Geschäftes mit Hinterlassung eines Haussohnes stirbt, und dieser als Erbe des Vaters ratihabiert. Kann die Ratihabition auch noch vom Erben ertheilt werden (s. oben II. S. 226 A. 6) und hat sie rückwirkende Kraft (s. oben I. S. 408 A., S. 419 A. 1, S. 448 A. 3, II. S. 226 fg.), dann geht sie hier in eine Zeit zurück, in welcher der Sohn noch gewaltunterworfen war, und dennoch wirkt sie nicht mehr für den Gewalthaber bezw. dessen Erbschaft, mag auch der Erbe das

So möchte man denn zum Schlusse gelangen, dass der durch den Tod seines Hausvaters gewaltfrei gewordene Sohn die ihm bei Lebzeiten des ersteren deferierte Erbschaft des Dritten, eben weil er sie für sich erworben, nicht zu conferieren habe — aber nicht wegen Mangels der Rückwirkung seines Erwerbes, sondern trotz derselben. Ehevor wir aber diesen Schluss ziehen, betrachten wir nun den emancipierten Sohn.

Sofern dieser nur zu conferieren hat, was er, wenn er Suus geblieben wäre, nicht für sich, sondern für seinen Gewalthaber erworben hätte, er aber im obigen Falle auch ohne Emancipation nicht mehr Suus gewesen, sondern durch den Tod seines Gewalthabers sui juris geworden wäre, die Erbschaft des Dritten also für sich erworben hätte, möchte man sich wieder gegen die Collationspflicht aussprechen [1]). Gleichwohl sehen wir uns ausser

---

Genehmigungsrecht von dem des Erblassers ableiten (vgl. Zimmermann stellvertr. neg. gestio S. 237).

Oder der Fall, dass Jemand dem Haussohne eines Andern ein bedingtes Vindicationslegat aussetzte, die Erbschaft des Testators noch bei Lebzeiten des Hausvaters angetreten wurde, letzterer aber noch vor Erfüllung der Bedingung starb, und dass nach Erfüllung derselben der Haussohn das Legat agnosciert. Legt man den Standpunkt der Proculianer zu Grunde, dann ist die Rückwirkung des Legatserwerbes eine logische Nothwendigkeit (s. oben I. S. 397 A. 4, S. 404; II. S. 144 in A. 2), sie reicht aber hier in die Lebenszeit des Hausvaters zurück.

Oder der Fall einer Schenkung des Hausvaters an sein Hauskind. Nach röm. Rechte ist dieselbe an sich ungiltig (Windscheid II. § 484 A. 2); aber sie wird dadurch, dass der Vater sie bei der Emancipation des Kindes nicht zurücknimmt, oder dass er sie bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts giltig. (Windscheid II. § 516, Stellen A. 17. Vgl. eod. II. § 509 No. 4 in Betreff der Schenkung unter Ehegatten.)

[1]) Vgl. damit das Prinzip, dass ein Emancipierter das, was für ihn ein peculium castrense sein würde, wenn er Suus geblieben wäre, ebenso wenig zu conferieren habe, wie der durch den Tod seines Gewalthabers frei gewordene Haussohn sein peculium castrense. Fitting castr. pec. S. 187, 185; 122; Arndts civil. Schr. II. S. 242. — Wollte sich aber Jemand auf l. 2 § 3 de collat. (37, 6) berufen, so wäre zu bemerken, dass beim bedingten Legat, selbst einer Forderung, überhaupt keine Rückziehung stattfindet. (Vangerow II. § 436, § 515 No. 3.)

Stande, diesen Schluss zu ziehen, u. z. im Hinblick auf ein Fragment von Ulpian[1]), in welchem für den Emancipierten, der von seinem Haussohne auf dessen peculium castrense zum Erben eingesetzt wurde, die Collationspflicht gegenüber der grossväterlichen Erbschaft ausgesprochen und mit der Rückwirkung des Erwerbes begründet wird. Dabei ist wohl sicher vorausgesetzt, dass dem Emancipierten der Nachlass seines Sohnes noch bei Lebzeiten des Grossvaters angefallen war, von ihm aber erst nach dem Tode des letzteren angetreten wurde; die Annahme, dass er denselben omissa causa testamenti, also jure peculii erworben habe, kann als ausgeschlossen betrachtet werden.

Allerdings kommt bei diesem Standpunkte eine nicht beachtete Disharmonie mit der gewöhnlichen Lehre vom Gegenstand der Collation heraus, sofern in unserem Falle die zu conferierende Erbschaft auch ohne Emancipation nicht jenem Nachlasse erworben worden wäre, dem gegenüber die bonorum possessio (contra tabulas oder unde liberi) verlangt wird[2]). Doch glauben wir, dass sich eine Lösung dieses Widerspruches finden lasse. Die gewöhnliche Formulierung lautet: der Emancipierte hat zu conferieren, was er ohne Emancipation, also als Suus, seinem Gewalthaber erworben hätte, was mithin zum Nachlass des letzteren gehören würde. Diese Formulierung entspricht ja auch beiläufig dem der ganzen collatio emancipati zu Grunde liegenden Prinzip[3]), sowie der Ausdrucksweise der Quellen[4]). Aber genau ist sie nicht; denn zu conferieren ist z. B. auch ein Erwerb, den der Emancipierte, wenn er Suus geblieben wäre, vielleicht nicht gemacht haben würde, wie die quarta Divi Pii[5]).

---

[1]) L. 1 § 22 de collat. (37, 6). Hierüber noch unten im Anhange.

[2]) S. vorhin II. S. 236 fg.

[3]) L. 1 pr. de coll. (37, 6), § 5 eod., l. 10 eod., l. 1 § 13 de conjung. (37, 8). Vgl. auch c. 17 C. de coll. (6, 20), nov. 18 c. 6. Schiffner die sog. gesetzl. Vermächtnisse S. 132 fg. erblickt in der gesetzlichen Collationspflicht ein gesetzliches (Voraus-) Vermächtnis.

[4]) Vgl. l. 2 § 3 eod.; l. 52 § 8 pro soc. (17, 2). In einer anderen Beziehung vgl. l. 8 § 14 i. f. de B. P. contra tab. (37, 4).

[5]) L. 1 § 21 de coll.; Arndts civil. Schr. II. S. 241. Nach Schiffner a. a. O. S. 112 fg. ist diese Quart selbst ein gesetzl. Vermächtnis.

Wir möchten daher lieber so formulieren: zu conferieren ist — abgesehen von den bekannten Ausnahmen — alles, was vom Emancipierten vor dem Tode des Gewalthabers erworben wurde [1]), bezw. was vermöge der Rückwirkung des Erwerbes als von ihm vorher erworben zu behandeln ist, und was er als Suus seinem Gewalthaber erworben hätte oder überhaupt nicht erwerben hätte können. Das Moment der Rückwirkung des Erwerbes kommt bei den römischen Juristen in verschiedenen Beziehungen zum Ausdrucke [2]), und hieher gehört eben aber auch der Fall späteren Erbschaftsantrittes [3]).

Ein anderer instructiver Fall betrifft die Compensation mit einer durch Erbfolge begründeten Gegenforderung.

Der Fall ist folgender: Ein Gläubiger a hat seine Forderung von seinem Schuldner b klageweise eingetrieben; b war Gläubiger des verstorbenen c, dessen Erbe später a wird — oder a war Schuldner des verstorbenen c, dessen Erbe später b wird —. Kann nun b das dem a Gezahlte als indebite solutum condicieren, soweit seine gegen a erworbene Forderung reicht?

Eine Entscheidung hierüber aus den Quellen ist uns unbekannt. In der Literatur über die Compensation wird der Fall manchmal berührt, und die Entscheidung desselben lautet öfter im verneinenden als im bejahenden Sinne [4]), jenachdem eben die rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes geleugnet oder anerkannt wird.

Bei Erörterung jener Frage muss, wenn sie überhaupt einen Sinn haben soll, vorausgesetzt werden, dass im Augenblicke der

---

[1]) Die Quellen drücken sich wiederholt so aus: l. 1 § 17; § 19, § 22, l. 2 pr. § 3 de coll.

[2]) In Betreff des captivus: l. 1 § 17 eod.; in Betreff des postumus: l. 2 pr. eod.; im Fall einer Bedingung: l. 2 § 3 eod.

[3]) L. 1 § 22 cit.

[4]) S. z. B. Krug Compensation S. 165; Dernburg Compens. S. 383; Sintenis gem. Civ. R. (3. Aufl.) II. S. 426. Vgl. auch Eisele Compens. S. 293 fg.

Zahlung des b die Schuld bezw. die Forderung des c bereits fällig war; ferner dass in diesem Augenblicke die Erbfolge nach c bereits eröffnet, also a bezw. b bereits Delat war.

Betrachten wir zunächst den Fall, dass c Schuldner des b war und von a beerbt wird.

Für denjenigen, welcher die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes leugnet, ist die Verneinung der obigen Frage selbstverständlich. Aus der Annahme der Rückwirkung scheint die Bejahung derselben als Consequenz sich zu ergeben. Wäre nämlich a zur Zeit der Zahlung des b bereits Erbe des c gewesen, so hätte ihm b die Einrede der Compensation entgegenstellen können, und hätte b von dieser seiner Berechtigung nichts gewusst, so könnte er das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückverlangen [1]). Ein praktisches Interesse daran bestände allerdings nur wegen der Zinsen [2]), wenn nämlich die Gegenforderung unverzinslich ist, während die gezahlte Summe hätte fructificiert werden können; denn für das Kapital hat ja der Zahler — wie immer, wenn er nicht compensieren konnte [3]) oder wollte [4]) — einen Ersatz in der Gegenforderung, es müsste denn diese eine klaglose [5]), oder der Schuldner aus derselben insolvent sein. — Soll nun nicht das Gleiche auch bei späterem Antritte des a gelten, wenn dem Antritte rückwirkende Kraft zukommt?

Für die Bejahung möchte geltend gemacht werden, dass a es sonst in der Hand hätte, durch Verzögerung des Antrittes die Compensation zu verhindern; andrerseits muss dem Delaten das Deliberationsrecht ungeschmälert bleiben, da er ja triftige Bedenken gegen den Antritt haben kann [6]). Die Frage kann

---

[1]) L. 10 § 1 de comp. (16, 2); vgl. auch l. 26 § 3, l. 30, l. 40 pr. de condict. indeb. (12, 6). Eisele a. a. O. S. 259 fg.

[2]) L. 11 de comp. (16, 2); c. 4, 5 C. eod. tit. (4, 31), c. 7 C. de solut. (8, 43). Vgl. auch l. 26 pr., l. 67 § 4 de cond. indeb. (12, 6).

[3]) L. 30 de cond. indeb. (12, 6).

[4]) L. 1 § 4 de contr. tut. act. (27, 4); l. 7 § 1 de comp. (16, 2).

[5]) Windscheid II. § 350 No. 2; Eisele a. a. O. S. 327 fg.

[6]) Gaius II. 162; l. 4 i. f. ad S. C. Treb. (36, 1); l. 4 de relig. (11, 7).

also nicht nach solchen subjectiven Gesichtspunkten beantwortet werden.

Objectiv betrachtet steht die Sache folgendermassen: Zur Zeit der Zahlung des b war a noch nicht Erbe des c, also auch noch nicht Schuldner des b, letzterer konnte mithin Mangels der Gegenforderung nicht compensieren [1]), er hat also debite gezahlt. Und würde nun Jemand, im Hinblicke auf unsere Theorie der hereditas jacens als eines Schwebeverhältnisses, einwenden, dass im Augenblicke der Zahlung nur mehr ungewiss war, ob a bereits Erbe des c und damit Schuldner des b sei, dass daher auch die Compensationsberechtigung des b nur in der Schwebe war, so könnte zwar nicht erwiedert werden, in Bezug auf die condictio (indebiti) gebe es keinen Schwebezustand [2]), dagegen wohl Folgendes: Die hereditas jacens repräsentiert ein Schwebeverhältnis mit vorläufiger Regelung der Eigenthumsfrage im Sinne des bisherigen Zustandes; hiernach war die Compensation im Augenblicke der Zahlung thatsächlich nicht begründet; das Gegentheil ist aber die Voraussetzung für die nachherige condictio indebiti. Daran kann, nachdem die Hauptobligation durch Zahlung giltig erloschen ist, auch die Rückwirkung des späteren Erbschaftserwerbes nichts ändern, es kann nicht, wenn die Quellen einmal sagen: „causa condictionis evanescit“ [3]), hier umgekehrt gesagt werden: „causa condictionis convalescit“.

Eine Analogie bietet der Fall, dass — statt der Beerbung des c durch a — eine Schuldübernahme [4]) des letzteren bedingt oder durch negotiorum gestio stattgefunden hat, aber im Augenblicke der Zahlung die Erfüllung der Bedingung bezw. die Ertheilung der Ratihabition noch in Schwebe war. Mag auch diesen Thatsachen sonst rückwirkende Kraft zukommen, so wird dies dennoch nicht die condictio indebiti für b zu begründen vermögen [5]). —

---

[1]) Vgl. l. 16 pr., l. 18 § 1, l. 23 de comp., c. 9 C. eod. (4, 31).

[2]) S. oben II. 208 A. 6.

[3]) S. oben I. S. 253 A. 2, S. 257 A. 5.

[4]) Vgl. dazu Windscheid II. § 339 A. 1, § 350 A. 21; Eisele a. a. O. S. 314.

[5]) Vgl. Eisele a. a. O. S. 337 (263).

Fassen wir nun den Fall in's Auge, dass c Gläubiger des a war und von b beerbt wird.

Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen darin, dass hier nicht ausnahmslos gesagt werden kann, die Compensation wäre nicht möglich gewesen. Wenn nämlich b als Erbschaftsdelat nach c mit der Forderung des letzteren gegen a compensiert hätte, müsste die Compensation als giltig betrachtet werden, sofern in der Erhebung der Compensationseinrede sicher eine pro herede gestio zu erblicken wäre. Dies setzt natürlich das Wissen des Delaten von der Delation voraus. Wenn er aber ungeachtet dieses Wissens die Einrede der Compensation unterliess, wird man sagen dürfen, er wollte nicht compensieren bezw. schon antreten, und von der condictio indebiti kann daher keine Rede sein. Wie aber, wenn er von der Delation keine Kenntnis hatte? Wollte man sagen, er hätte compensieren können, wenn er sich dieser Möglichkeit bewusst gewesen wäre, so würde man übersehen, dass die Möglichkeit fehlte, sofern es ohne Kenntnis der Delation keinen Erbschaftsantritt gibt, und es auch im Falle solcher Kenntnis zweifelhaft bliebe, ob er sich zum Antritte sofort entschlossen hätte. Hiernach wird ihm die condictio indebiti wieder zu versagen sein, nicht wegen Mangels, sondern trotz der Rückwirkung seines späteren Erbschaftserwerbes.

Eine Analogie bietet wieder der Fall, dass — statt der Beerbung des c durch b — eine Cession[1]) an letzteren bedingt, oder durch negotiorum gestio erfolgt war, aber im Augenblicke der Zahlung die Erfüllung der Bedingung bezw. die Ertheilung der Ratihabition noch ausstand[2]). Mag auch dem Eintritte dieser Thatsachen sonst rückwirkende Kraft zukommen, so dürfte doch schwerlich Jemand daraus die Zuständigkeit der condictio indebiti für b ableiten.

---

[1]) Vgl. bei Windscheid II. §. 331 A. 2, § 350 A. 21; Eisele a. a. O. S. 305 fg., 312 fg.

[2]) Dagegen würde die Erhebung der Compensationseinrede seitens des b wohl die stillschweigende Ratihabition desselben in Betreff der für ihn abgeschlossenen Cession involvieren.

§ 56. II. Die Rechts- und Erwerbsfähigkeit des Erbschaftsdelaten ist von der des Erblassers verschieden.

So oft es sich um einen Erwerb für die hereditas jacens handelt, nach röm. Rechte namentlich durch Erbschaftssklaven, wird seit Julian der Umfang der Rechts-, insbesondere der Erwerbsfähigkeit der Erbschaft nach der des Erblassers, nicht nach der des künftigen Erben bemessen [1]). Da entsteht die Frage: wird ein Rechtsverhältnis, welches nach diesem Prinzip giltig begründet wurde, mit dem Eintritte des Erben ungiltig, wenn diesem die persönliche Fähigkeit zu solchem Erwerbe fehlt? Umgekehrt: wird ein nach jenem Massstabe ungiltig begründetes Rechtsverhältnis rückwärts giltig, wenn dem nachherigen Erben die persönliche Fähigkeit zukommt?

Diese Frage könnte gar nicht aufgeworfen werden, wenn das Prinzip gelten würde, dass von Anfang die Persönlichkeit des Erben massgebend sei: da wäre die Giltigkeit bezw. Ungiltigkeit des Rechtsactes zunächst in Schwebe, und der Antritt des Erben würde nur aufklärend, niemals alterierend wirken. Die obige Frage ist also nur vom Standpunkte des Julianischen Prinzips möglich. Vielleicht wird selbst hier ihre Berechtigung bezweifelt: wenn nämlich dem Erbschaftsantritte möglicherweise eine alterierende Wirkung auf frühere Rechtshandlungen aus der Person des Erben zukommen soll, wie können die Quellen sagen, es komme für die Giltigkeit eines Erwerbes nur auf die Person des Erblassers an? Aber dieser Einwand wäre hinfällig: durch das mit Julian zur Herrschaft gelangte Prinzip ist nur entschieden, dass im Augenblicke der Vornahme eines Rechtsactes auf die Person des Erblassers zu sehen sei, und dass sich hiernach vorläufig die Giltigkeit des Actes bestimme. Wie aber der Bestand desselben überhaupt unter der conditio juris

---

[1]) Hierüber oben II. S. 63 fg., 90 fg.

des Eintrittes eines Universalsuccessors steht [1]), so bleibt auch die Frage immer noch offen, ob nicht dieser Eintritt einen alterierenden Einfluss, u. z. nach rückwärts auszuüben vermöge?

Diese Frage nun wird in der Literatur überwiegend verneint [2]); und die Verneinung scheint sogar durch praktische Rücksichten geboten zu sein: wer — so sagt man — sollte sich in ein Rechtsgeschäft mit der ruhenden Erbschaft einlassen, wenn er Gefahr läuft, dass dasselbe hinterher aus Gründen, die in der Person des Erben liegen, hinfällig werde? Bei dieser Begründung ist allerdings nur auf eine der möglichen Eventualitäten Rücksicht genommen: dass ein giltig abgeschlossenes Rechtsgeschäft hinterher annulliert würde; möglich aber wäre ja auch der Fall, dass ein ungiltig abgeschlossenes Rechtsgeschäft hinterher convalidiert würde. Für diesen Fall wird die obige Frage mehr aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen verneint, obwohl doch auch hier die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit nicht gleichgiltig ist. In der so betonten Nothwendigkeit der Verneinung obiger Frage wird dann natürlich ein Argument gegen die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes gefunden.

Wie überall, so ist es auch hier vor allem nöthig, die wichtigsten Anwendungsfälle auseinander zu halten, um nicht zu sehr zu generalisieren. Für das römische Recht spielt wieder der Erwerb durch Erbschaftssklaven eine Hauptrolle; aber auch für diesen Fall muss zwischen dem Erwerb von Todes wegen und

---

[1]) S. oben II. 34 fg.

[2]) Und zwar im Hinblicke auf den Hauptzweck der Personification, einen sicheren Anhaltspunkt zu finden. Scheurl hingegen vertritt auch hier wieder als Regel die Convalescenz ungiltiger Rechtsgeschäfte, u. z. besonders im Hinblicke auf die Behandlung der Stipulation des Erbschaftssklaven auf den ‚heres futurus'; er macht aber von dieser ‚Regel' zwei Ausnahmen: für die Stipulation auf den Namen des künftigen Erben, dann für letztwillige Honorierungen von fremden Erbschaftssklaven; letztere seien giltig, wenn dem Erblasser (Herrn des Sklaven) die Fähigkeit, honoriert zu werden, zukam, möchte sie auch dem nachherigen Erben fehlen; umgekehrt seien sie ungiltig, wenn der Erblasser nicht fähig war, und convalescieren auch nicht durch den Eintritt eines fähigen Erben. (Beitr. I. S. 60 fg., 67 fg., 73; oben I. S. 75.)

dem unter Lebenden unterschieden werden; bei ersterem kommt eine mögliche Differenz zwischen Erblasser und Erben in Betreff der testamenti factio ganz besonders in Betracht.

Im Falle der Erbeinsetzung eines Erbschaftssklaven von Seiten eines Dritten kommt es allerdings zunächst darauf an, dass der verstorbene Herr des Sklaven mit dem Testator die testamenti factio hatte, während es vorläufig gleichgiltig ist, wenn dieselbe dem künftigen Erben jenes Herrn fehlt [1]). Erwägt man nämlich, dass die Erbschaft selbst überhaupt nicht eingesetzt werden konnte, dass der Erbschaftssklave die Einsetzungsfähigkeit nur aus der Person seines Herrn hatte und dass dieselbe nach römischem Rechte schon im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muss, dann blieb, wenn überhaupt die Erbeinsetzung eines Erbschaftssklaven möglich sein sollte, nichts übrig als die Persönlichkeit des verstorbenen Herrn des Sklaven für massgebend zu erklären [2]).

Dass nun, wenn hiernach die Erbeinsetzung ungiltig erscheint, der spätere Eintritt eines obzwar fähigen Erben dieselbe nicht mehr giltig machen könne, leuchtet allerdings ein; denn die testamenti factio passiva hat im Augenblick der Testamentserrichtung gefehlt, und dieser Fehler kann auch nicht durch die Rückwirkung des Antrittes behoben werden, die ja nur bis zum Tode des Testators reichen kann und überhaupt sich nur auf die Wirkungen des Erwerbes bezieht [3]). Von Convalescenz kann also hier keine Rede sein [4]). Wie aber, wenn die Erbeinsetzung nach jenem Massstabe als giltig sich darstellt? Die Quellen sagen allerdings, es komme nur auf die Erbeinsetzungsfähigkeit des verstorbenen Herrn des Sklaven an; aber dies ist doch nur vorläufig wahr [5]), denn zum Erbschaftsantritte bedarf der

---

[1]) S. die oben I. S. 205 A. 1 abgedruckte l. 52 de her. inst. (28, 5).

[2]) Oben I. S. 200 fg., bes. 205, II. S. 72.

[3]) Für das österr. R. käme zwar nicht der erstere Gesichtspunkt (oben I. S. 346 fg.), wohl aber der letztere in Betracht.

[4]) L. 201, l. 210 de R. J. (50, 17).

[5]) Aus der citierten l. 52 kann nicht das Gegentheil abgeleitet werden. Der Jurist hat hier den Augenblick der Testamentserrichtung

Sklave des jussus seines dominus, die Erbschaft kann denselben nicht ertheilen, es muss also der Antritt des Erben abgewartet werden [1]; letzterer aber wird, um den jussus zu ertheilen, doch wohl der testamenti factio mit dem Testator des Sklaven bedürfen [2]. Bedenkt man nun, dass der Erbe des verstorbenen Herrn des Sklaven im Augenblicke seines Antrittes die testamenti factio mit diesem Herrn haben muss, so wird er, sofern er sie mit diesem hat, doch in der Regel auch mit dem Testator des Sklaven haben, der sie ja selbst mit dem Herrn des Sklaven haben musste. Im römischen Rechte allerdings trifft dies nicht ausnahmslos zu [3]; und in solchen Fällen wird man doch von einem alterierenden Einfluss des Erbschaftserwerbes sprechen dürfen [4]. Vielleicht wird eingewendet, dies wäre kein alterierender Einfluss durch Rükwirkung, so dass die ursprünglich giltige Erbeinsetzung als ungiltig zu behandeln käme, vielmehr könne nur der gegenwärtige Herr des Sklaven aus jener Erbeinsetzung des Sklaven nicht Erbe werden. Aber dieser Einwand ist hinfällig:

---

im Auge („institui potest"); das „fuit" weist hin auf den gewesenen Herrn, das „non sit" auf den Delaten, der noch nicht Erbe ist.

[1]) L. 61 pr. de acquir. rer. dom. (41, 1), oben I. S. 201 A., S. 146 fg.

[2]) Arg. l. 49 § 1, l. 50 pr. de her. inst. (28, 5), § 4 J. de her. qual. (2, 19), §§ 1, 2 J. de her. inst. (2, 14); c. 10 C. de her. inst. (6, 24). S. oben I. S. 205, 215.

[3]) Dann nämlich nicht, wenn der verstorbene Herr des Sklaven ein Soldat war und in seinem Testamente einen Peregrinen zum Erben einsetzte, während der Testator des Sklaven ein civis ist (Gaius II. 110, l. 13 § 2 de test. mil. 29, 1); oder wenn der verstorbene Herr des Sklaven ab intestato beerbt wird und dessen Erbe eine persona intestabilis ist, ein zu dieser Erbschaft gehöriger Sklave aber von einem Dritten zum Erben eingesetzt wurde (l. 18 § 1, l. 36 qui test. fac. 28, 1). Savigny Syst. II. S. 368; Ihering Abh. S. 174, Köppen Erbsch. S. 49 A. 12.

[4]) Scheurl Beitr. I. S. 68 leugnet dies; s. dagegen Köppen Erbsch. S. 48 (Succ. Entsteh. S. 69 A. 155): er lässt die an den Erbschaftssklaven ergangene Delation mit dem Antritte des Erben untergehen, wenn diesem jetzt die testamenti factio zwar nicht mit seinem eigenen Erblasser, wohl aber mit dem Testator des Sklaven fehlt, weil sich mit der Succession desselben eben auch die Erwerbsfähigkeit des Sklaven verändere und damit dessen Fähigkeit, Delat zu sein, aufhöre (Erbsch. S. 49). Dies stimmt in der That zu den Stellen in obiger A. 2.

während sonst der Grundsatz gilt, dass der Eingesetzte mit dem Testator schon bei der Testamentserrichtung, dann bei der Delation, und von da ununterbrochen bis zum Erbschaftsantritt die testamenti factio passiva haben muss [1]), braucht in unserem Fall der Erbe des verstorbenen Herrn mit dem Testator des Sklaven allerdings erst im Augenblicke seines jussus zum Antritte die testamenti factio zu besitzen, obwohl doch er es ist, der durch den Sklaven Erbe des Testators wird; denn im Augenblicke seiner Testamentserrichtung brauchte dieser Testator die testamenti factio nur mit dem verstorbenen Herrn des Sklaven zu haben [2]). Hätte also der Erbe des Herrn mit dem Testator des Sklaven die test. factio bei der Testamentserrichtung des letzteren noch nicht gehabt, sie aber später erworben und dann den jussus zum Antritte ertheilt, so würde er durch den Sklaven Erbe des Testators werden; wäre aber das Gegentheil der Fall, so könnte er den jussus nicht giltig ertheilen, also durch den Sklaven nicht Erbe werden; d. h. die Erbeinsetzung des Sklaven wäre hinfällig geworden, es käme zu einer anderen Succession nach dem Testator; und sofern dann alles so zu halten ist, wie wenn dem

---

[1]) S. oben I. S. 346 fg.

[2]) Insofern kann dieser Fall als ein weiteres Beispiel zu dem oben I. S. 359 bei Anm. 1 Gesagten erwähnt werden. Der eigentliche Grund liegt freilich darin, dass die Erbeinsetzungsfähigkeit des Erbschaftssklaven aus der Person seines verstorbenen Herrn abgeleitet ist, und dass die Delation an ihn selbst erfolgt (s. oben I. S. 206 fg., II. S. 238 A. 1). Ein anderes Beispiel ist die Erbeinsetzungsfähigkeit eines captivus: l. 32 § 1 de her. inst. (28, 5), Bechmann d. jus postliminii S. 74 fg. — Zu dem oben I. S. 359 A. 1, S. 360 A. 1 in Betreff der Erbeinsetzung des eigenen Sklaven Bemerkten sei hinzugefügt, dass Schmidt (d. Persönlichkeit d. Sklaven) die Möglichkeit derselben damit begründet, dass die test. factio des Sklaven aus der Person des dominus abgeleitet sei (S. 14 A. 25). Aber da würde ja der Herr gewissermassen sich selbst zum Erben einsetzen; er muss aber den Sklaven cum libertate einsetzen (Gaius II. 153, 186, Ulp. fr. XXII. 24). Einmal heisst es von dem zum Miterben eingesetzten eigenen Sklaven des Erblassers sogar, dass er auch vor dem Antritte des anderen Miterben „liber et heres fit necessarius: quia non a coherede, sed a semet ipso accipit libertatem“: l. 58 de acquir. her. 29, 2; ebenso l. 6 § 4 de her. inst. 28, 5. (Vgl. Fitting castr. pec. S. 110 fg., 112 fg. u. A. 14.)

Sklaven gar nicht deferiert worden wäre [1]), wird man denn doch sagen müssen, dass die Unfähigkeit des Erben zum Erwerb einer während der hereditas jacens giltig deferierten anderen Erbschaft einen alterierenden Einfluss auf diese Delation ausübe. —

Wie verhält es sich mit dem Vermächtnis an einen Erbschaftssklaven? Zwar muss auch ein Legatar die test. factio mit dem Erblasser haben [2]), und bei einem Sklaven als Legatar kommt es auf die Person seines dominus an [3]), dieser aber ist bei einem Erbschaftssklaven die Erbschaft selbst, für welche wieder die Person ihres Erblassers massgebend ist [4]). Dann aber wird das Legat der Erbschaft selbst, zu welcher der Sklave gehört, ipso jure erworben, und mit ihr geht es auf den Erben über [5]). Dass nun, wenn dem Vermächtnisgeber die test. factio mit dem verstorbenen Herrn des Sklaven fehlte, das ungiltige Legat nicht aus der Person des Erben jenes Herrn convalescieren könne, ist auch hier wieder gewiss [6]). Kann aber im entgegengesetzten Falle das giltig errichtete Legat aus der Person des Erben hinfällig werden? Indem das Legat bereits der Erbschaft erworben war, es also keines jussus eines dominus zum Erwerbe bedarf [7]), hat es allerdings den Anschein, dass hier der Mangel der test. factio auf Seiten des Erben jenes Herrn gegenüber dem

---

[1]) S. oben I. S. 338 fg., II. S. 135 A. 2.

[2]) Oben I. S. 209 A. 2, S. 215 A. 1.

[3]) Oben I. S. 210 A. 3.

[4]) Oben I. S. 209 A. 3, S. 211 A. 1, 5.

[5]) Oben I. S. 209 A. 5, 6, S. 211 A. 5; S. 151 A. 5; II. S. 202 A. 1. Es wurde schon oben erwähnt, dass auch dieser Punkt für die Reception der Sabinianischen Theorie des Legatserwerbes nicht zu ignorieren sei.

[6]) Und zwar nicht erst wegen der regula Catoniana, sondern wegen des Erfordernisses, dass der Vermächtnisgeber die test. factio mit dem verstorbenen Herrn des honorierten Sklaven schon im Augenblicke der Testamentserrichtung haben muss (oben II. S. 250 zu A. 3, S. 252 A. 1). Durch dieses Erfordernis wird gerade umgekehrt für die regula Catoniana ein Anwendungsfall geschaffen. (Vgl. oben I. S. 355 A. 1, S. 360 A. 2; II. S. 154 A. 4.)

[7]) Vom Standpunkt der Proculianer bedürfte es allerdings der Agnition des Legatars, ein Sklave als Legatar wäre also, sofern die Erb-

Vermächtnisgeber des Sklaven indifferent sei, dass also hier dem Erbschaftserwerbe keine alterierende Kraft aus der Person des Erben zukomme [1]).

Denkbar wäre auch der Fall, dass diesem Erben zwar nicht die test. factio mit dem Dritten, welcher den Sklaven zum Erben einsetzte oder mit einem Legate bedachte, wohl aber gerade nur das commercium in Betreff eines zur Erbschaft des Dritten gehörigen oder in Betreff des legierten Gegenstandes fehlen würde. Und was so bei einem Erwerbe für die Erbschaft durch ein Legat möglich wäre, das könnte auch bei irgend einem Singularerwerb durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, z. B. durch Tradition (Mancipation), Stipulation etc. vorkommen [2]) — dass nämlich dem künftigen Erben das commercium in Betreff des concreten Rechtsgeschäftes bezw. des Gegenstandes desselben fehlt [3]). Die Verneinung der Convalidierung des ungiltig begründeten Rechtsgeschäftes wird sich manchmal auch hier aus anderen Gründen als dem des Mangels der Rückwirkung ergeben [4]); wie steht es

---

schaft selbst nicht handeln kann, wohl wieder auf den jussus bezw. die Ratihabition des Erben angewiesen. Aber nach Justinianischem Rechte bedarf es dessen nicht. Vgl. l. 19 de acq. r. d. (41, 1): „— nec ulla ejus opera esset in legato; in hereditate aliquatenus, quia per ipsum adiretur.“

[1]) Vgl. l. 55 § 2 de leg. II.

[2]) Die bekannte, für die Personificationsfrage so wichtige l. 33 § 2 de acq. r. d. (41, 1) erwähnt gerade den Fall einer Stipulation und Tradition (Mancipation) für die Erbschaft, hat übrigens auch den der Erbeinsetzung („testantis personam“) im Auge; s. oben I. S. 163, S. 204, S. 280 fg., II. S. 53 A. 2, S. 71.

[3]) Savigny Syst. II. S. 368 erwähnt den Fall, dass der verstorbene Herr des Sklaven als Soldat einen Peregrinen zum Erben einsetzte und der Erbschaftssklave eine Stipulatio abschliesst (Gai. III. 93); oder man denke im gleichen Falle an die Mancipation einer res mancipi (Gai. I. 119, II. 22 fg.; Puchta Vorles. Beil. 21). In anderen Fällen wieder wird der Mangel der test. factio und der des commercium denselben Grund haben.

[4]) Z. B. aus dem Mangel der „Simultaneität“ des erforderlichen Thatbestandes: vgl. Scheurl Beitr. I. S. 64, dazu aber Windscheid krit. Uebersch. I. S. 206. (S. oben I. S. 152 A. 3, S. 354, 394 fg., II. S. 38 A. 1, S. 52 A. 5, S. 197 A. 3.

aber mit der Annullierung des giltig zu Stande gekommenen Rechtsgeschäftes aus der Person des Erben?

In der Literatur finden wir hierüber kaum mehr als eine Gegenüberstellung der letztwilligen Honorierung des Erbschaftssklaven und anderer Erwerbungen für die hereditas jacens. Scheurl z. B. vertritt seine „Regel" der Convalescenz nur hinsichtlich der letzteren, nicht auch hinsichtlich der ersteren [1]); Köppen zieht aus dem Satze, dass bei Erbeinsetzung des Erbschaftssklaven auch der Erbe des Herrn bei seinem Antritte die test. factio mit dem Testator des Sklaven haben müsse, die Folgerung, dass der Erwerb des künftigen Erben aus solcher Delation nicht in demselben Grade gesichert war, wie der Erwerb von Eigenthumsrechten und Forderungen durch den Sklaven [2]).

Damit wäre im besten Falle eine Thatsache constatiert, aber noch nicht vollständig erklärt. Allerdings gilt jener Singularerwerb (durch Legat, Tradition, Stipulation) als bereits der Erbschaft gemacht, während bei der Erbeinsetzung des Sklaven mit dem Tode des Testators erst die Delation vorliegt und auch diese nur an dem Sklaven haftet. Andrerseits heisst es doch von letzterem, dass er „universo hereditatis jure continetur"; und wenn die Delation an ihn mit dem Antritte eines gegenüber seinem Testator erbunfähigen Delaten des Herrn untergehen soll [3]), so frägt man doch, wie so beim Singularerwerb der Ein-

---

[1]) Oben I. S. 75 fg., II. S. 213, S. 249 A. 2.

[2]) Erbsch. S. 49: „Dies (Eigenthumsrechte und Forderungen) sind selbständige, von der Existenz ihres Erwerbers unabhängige Bestandtheile der Erbschaft, die mit dieser nach positiver Bestimmung (Köppen citiert die l. 62 de A. R. D. 41, 1) auch dann auf den Erben übergehen, wenn er selbst dieselben nicht hätte erwerben können. Das in der Delation enthaltene jus succedendi dagegen kann seiner Natur nach kein nackter Vermögensbestandtheil sein. Es kann deshalb der Erbschaft nicht als ein selbständiges Recht, sondern nur in dem instituirten Sklaven, als dem Delaten, angehören und daher auch nur mit diesem an den Erben kommen." Letzteres ist gewiss richtig, bei Ersterem aber aber frägt man wieder: warum? S. auch S. 43 fg., S. 50 eod.; in Betreff der l. 62 cit.: eod. S. 102 fg.

[3]) S. oben II. S. 250 fg.

tritt eines des commercium hiefür entbehrenden Erben unschädlich sein soll? Ueberdies soll dieser Satz nach Köppen auf „positiver Bestimmung“ beruhen, der zufolge Jemand im Wege der Universalsuccession [1]) auch Rechte erwerben könne, die er im Wege der Singularsuccession nicht erwerben könnte [2]).

Diese Argumentation beruht auf der Voraussetzung, dass die Erklärung dessen, was so in Betreff der Erwerbungen während der hereditas jacens behauptet wird, wenn es sich als richtig erweist, auf demselben Gesichtspunkte beruhen müsste, welcher für den Fall gilt, dass es sich um bereits vom Erblasser überkommene Rechtsverhältnisse handelt, in Betreff deren dem Delaten das commercium fehlt. Und dieser Fall ist in dem bekannten Fragmente von Paulus [3]) vorgesehen, welches lautet:

> „Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet. Nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur.“

Diese Stelle bildet naturgemäss den Ausgangspunkt für unsere Untersuchung. Sie spricht zwar von Rechten, die schon der Erblasser hatte („legare, heredem instituere, alienare, transire“); es liegt aber nahe genug, derselben auch für Rechte eine Bedeutung beizulegen, welche erst für die Erbschaft begründet wurden: wenn jene, obwohl unveräusserlich, auf den Erben übergehen sollen ohne Rücksicht auf seine persönliche Fähigkeit zum Erwerbe, warum sollte das Gleiche nicht auch für diese gelten, die ja auch im Hinblick auf die Persönlichkeit des Erblassers begründet wurden?

Was die Gegenstände betrifft, von denen das Fragment sagt, dass sie im Wege der Universalsuccession, nicht aber in

---

[1]) Und nach Köppen soll doch die Universalsuccession nichts anderes sein als ein Complex von Singularsuccessionen: s. oben I. S. 97 A. 3, S. 219 A. 4, S. 293 A. 2, II. S. 110 A. 4, S. 223 A. 3.

[2]) S. auch Brinz 1. Aufl. S. 669, 672; dag. Birkmeyer a. a. O. S. 84.

[3]) L. 62 de acquir. rer. dom. (41, 1).

dem der Singularsuccession übertragbar seien, so wird einer derselben ausdrücklich angegeben: der fundus dotalis, — eben im Hinblick auf das Veräusserungsverbot [1]). Ausserdem wird von solchen gesprochen, in Betreff deren Jemand das commercium nicht hat; und als ein Fall dieser Art wird in der Literatur erwähnt der Ausschluss der Soldaten vom Erwerb eines Grundstückes in der Provinz, wo sie in Kriegsdiensten stehen [2]).

Hiernach wäre der Grund des Ausschlusses der Singularsuccession gelegen: entweder in der Person dessen, der veräussern will, oder in der Person dessen, der erwerben will [3]). Zu ersterer Kategorie werden, ausser den unveräusserlichen Gegenständen [4]), von Manchen allgemein die Rechte gezählt, welche sich von der Person des Berechtigten nicht trennen lassen [5]), daher für das römische Recht auch die obligatorischen Rechte [6]).

---

[1]) Dig. de fundo dot. (23, 5), C. eod. tit. (5, 23). Czyhlarz Dotalr. S. 196 fg. — Die Glosse erwähnt auch das jus patronatus, die res sacra vel religiosa.

[2]) L. 9 pr. § 1, l. 13 pr. de re milit. (49, 16), l. 62 pr. de contrah. emt. (18, 1). [Vgl. l. 46 eod. (18, 1), l. 46 § 2 de jure fisci (49, 14), l. un. C. de contr. jud. (1, 53), c. 11 C. de his quae vi (2, 20).]

[3]) Wenn Paulus beide Kategorien zu den ‚ea, quae non possunt sola alienari', zählt, so ist das auch nicht ganz zutreffend, da es sich nur bei ersterer um eine Veräusserungsbeschränkung handelt, bei letzterer aber um persönliche Erwerbsunfähigkeit. Vgl. einerseits Puchta Vorles. Beil. 21, andrerseits Rudorff das. A. 1.

[4]) Fälle gesetzlichen Veräusserungsverbotes: Windscheid I. § 172a A. 1; Randa Eigenthumsrecht I. § 8. (Vgl. auch Unger I. S. 366, II. S. 176, 178.)

[5]) Genau ist auch dies nicht ausgedrückt, weil hiernach auch die höchst persönlichen Rechte („jura, quae personae cohaerent', „Rechte, die der Person ankleben' § 1393 österr. a. b. G. B.) darunter fallen, die doch auch nicht vererblich sind (Unger I. § 64 A.), während es sich hier nur um die unveräusserlichen aber vererblichen Gegenstände handelt (Windscheid I. § 172a.)

[6]) So Puchta Vorles. zu § 447. — Zu erwähnen wären auch die zwar nicht veräusserlichen, wohl aber vererblichen Privilegien. Unger I. § 65 B. III. 2 (S. 591), Pfaff-Hofmann I. Comm. S. 334 fg. — Bei den Obligationen kommt übrigens ausser der Unfähigkeit zur Singularsuccession nach röm. R. auch in Betracht der Ausschluss der Ces-

In der Erklärung und Begründung des im Fragmente ausgesprochenen Prinzips weichen die Schriftsteller ungemein von einander ab; und dies hängt wesentlich zusammen mit dem ganzen Stande der Doctrin in Betreff der juristischen Natur der hereditas jacens sowie der Universalsuccession im Gegensatze zur Singularsuccession. Ueberblickt man die verschiedenen Erklärungen[1]), so lassen sich dieselben auf zwei Hauptgruppen zurückführen.

---

sibilität gewisser Forderungsrechte, insbes. mit Beziehung auf die (unrichtige) Regel der Aelteren: „quod est transmissibile, id est cessibile". Vgl. Vangerow III. § 574 A. 2, Windscheid II. § 335; Unger I. § 64 A. 7, Hasenöhrl österr. Obl. R. II. § 73 No. I.

[1]) Literaturübersicht. Puchta, der die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Erblassers nicht bloss in der Erbschaft fortdauern, sondern auch auf den Erben übergehen lässt (oben I. S. 29 fg.), findet gerade in unserer l. 62 eine Bestätigung dafür: wenn gewisse von der Person untrennbare Rechte, wie Obligationen, dennoch durch Universalsuccession übertragen werden können, so sei der Erbe Subject derselben nur als Repräsentant des Erblassers, während er von anderen Rechten Subject für seine eigene Person werde; ersteres treffe aber auch zu bei den Rechten, für welche ihm das commercium fehlt. Doch werde er in solchen Fällen die Sache nicht behalten dürfen, sondern veräussern müssen. (Pand. § 447, Vorles. II. eod., krit. Jahrb. VIII. S. 714; Rhein. Mus. III. S. 302 fg. — Ihering hingegen, nach welchem (frühere Theorie) die Persönlichkeit des Erblassers nur in der Erbschaft („substanziirte Persönlichkeit"), nicht auch im Erben fortleben soll (oben I. S. 31), lässt alle überhaupt vererblichen Rechte zu eigenen des Erben werden. Die l. 62 cit. wolle nur sagen, dass die Vererbung nicht unter den Begriff der Veräusserung falle, dass also Hindernisse der letzteren auf erstere keine Anwendung finden. Nur dann würde die Unfähigkeit zu gewissen Erwerbsacten eine Unfähigkeit des durch sie herbeigeführten Zustandes (des Habens der Sache) begründen, wenn letzterer nur durch sie entstehen könnte; die Erbschaft aber sei gerade ein Mittel, diesen Zustand zu bewirken. Wäre aber Jemandem überhaupt die Fähigkeit abgesprochen, gewisse Sachen im Eigenthum zu haben (wie den Juden der Grundbesitz), so könnte er sie weder durch Veräusserung noch durch Vererbung erwerben. (Abhandl. S. 240 fg.) Gegen Ihering wieder Puchta (Vorl. Beil. 21), der betont, dass der Ausschluss vom commercium einer Sache nicht als blosses Veräusserungshindernis aufgefasst werden könne. Gegen Puchta und für Ihering: Rudorff zu des ersteren Vorles. § 447 A. 3 u. Beil. 21 A. 1; ferner Schnitzler a. a. O. S. 70,

Nach der einen Gruppe liegt das Besondere des Ausspruches von Paulus nicht in dem Ausschlusse der Singularsuccession, der in der Eigenschaft der betreffenden Sache oder Person seine Erklärung finde, sondern in der Möglichkeit des Erwerbes im Wege der Universalsuccession; daher sei diese Möglichkeit auf das Wesen der Erbfolge zurückzuführen, u. z. in dem Sinne, dass die Persönlichkeit des Erblassers in der Erbschaft fortdauere,

---

71. — Nach Scheurl, obzwar er die Persönlichkeit des Erblassers auf den Erblasser übergehen lässt (oben I. S. 31), sollen gleichwohl alle Rechte und Verbindlichkeiten zu eigenen des Erben werden (Beitr. I. S. 37 fg.); daher findet er in der l. 62 cit. nur den Satz, dass der Erbe gewisse Sachen per universitatem erwerben könne, während er sie auf Grund eines singulären Titels nicht erwerben könnte; nicht aber, dass sein Eigenthum im ersteren Falle einen anderen Charakter habe, als im letzteren. Beim Verbot des Erwerbes von Grundeigenthum durch Juden würde dieses gerade nach l. 62 erworben, aber nicht behalten werden dürfen. (Eod. S. 39 fg., in Betreff der Obligationen: S. 15 fg.) — Ebenso Schirmer Erbr. I. S. 23 A. 43 (de trib. reg. jur. S. 52); er meint insbesondere, der Erwerb durch Universalsuccession sei giltig, weil er ohne Gesetzesübertretung vermöge juristischer Consequenz erfolge. — Windscheid aber bemerkt, dass Puchta's Auffassung von dessen Standpunkt consequenter sei als die Scheurl's, besonders im Hinblick auf die Obligationen. Die l. 62 unterscheide nicht zwischen Erwerben und Behalten; bis zum Verkaufe würde der Erbe die Sache dennoch haben; der fundus dotalis dürfe vom Erben (abgesehen von der Dotalklage) auch behalten werden. So folgt W. der Ansicht Ihering's; die l. 62 würde höchstens beweisen, dass Paulus der Meinung war, das Verbot des Habens erleide eine Modification für den Fall der Erbfolge. (Krit. Ueberschau I. S. 196, 198, in Betr. der Obligationen: S. 188 fg.; Pand. III. § 528 A. 7: „In der l. 62 . . ist kein anderer Gedanke enthalten, als dass ein Veräusserungsverbot kein Vererbungsverbot sei.“ — Vering erklärt die Möglichkeit des Ueberganges solcher Sachen auf den Erben aus dessen Eintritt in die familia des Erblassers. (Oben I. S. 34 fg.) — Köppen folgert aus seiner Auffassung des Wesens der Universalsuccession (oben II. S. 110 A. 4, S. 256 A. 1), dass der Erbe auch den einzelnen erbschaftlichen Rechten gegenüber die Fähigkeit haben müsse, sie für seine Person zu erwerben; die Entscheidung der l. 62 beruhe auf der besonderen Natur der von ihr vorgesehenen Fälle, sie habe demnach für die Natur des Erbrechts nicht die geringste Bedeutung, enthalte nur die rein thatsächliche Bemerkung, dass manche Eigenthumsrechte nicht durch Singular-, sondern nur durch Universalsuccession erworben werden können. Wo ein Erwerb durch

bezw. auf den Erben übergehe. Nach der anderen Gruppe ist das Besondere jenes Ausspruches nicht in der Möglichkeit des Erwerbes durch Universalsuccession zu suchen, sondern gerade im Ausschlusse der Singularsuccession; dieser Ausschluss sei auf die concrete Natur der in jener Stelle vorgesehenen Fälle zurückzuführen, so dass derselbe für das Wesen der erbrechtlichen Universalsuccession nichts beweise.

§ 57. Fortsetzung.

Auf die von der ersteren Gruppe vertretene Theorie vom Fortleben der Person des Erblassers in der Erbschaft bezw. im

---

letztere möglich, sei von einer Verpflichtung, die erworbenen Gegenstände zu veräussern, keine Rede (arg. l. 9 § 1 de re milit. 49, 16: „— possidere ibi praedia . .“); andrerseits dürfe das für die Fälle der l. 62 Bestimmte nicht auf alle Fälle der Erwerbsunfähigkeit ausgedehnt werden; wo also Juden des Grundbesitzes schlechthin unfähig erklärt sind, müsse das betreffende Grundstück als bonum vacans an den Fiscus fallen. (Erbsch. S. 101—105, in Betreff der Obligationen: S. 12 fg.; Syst. d. Erbr. I. § 2 A. 42.) — Arndts beruft sich auf unsere l. 62 für den Satz, dass alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen durch die Erbfolge solche des Erben seien, in gleicher Weise und Wirkung wie beim Erblasser; „und zwar eben deswegen, weil er überhaupt in die Stelle des Erblassers als bisherigen Subjects des ganzen Vermögens eingetreten, nicht als ob ein Veräusserungsgeschäft den Uebergang der Rechte vermittelt hätte.“ (Pand. § 464 zu A. 7.) — Unger folgt der Erklärung Ihering's u. A., und meint daher, dass, wenn der Delat für gewisse Sachen des Nachlasses nicht die Eigenthumsfähigkeit hat, dieselben nach strengem Rechte als bonum vacans an den Fiscus fallen müssten; und dass es nur auf Billigkeit beruhe, wenn eine positive Gesetzgebung (wie die österreichische) in dem Falle, als zu einer Erbschaft Liegenschaften gehören und Jemand als Erbe berufen wird, welcher vom Grundeigenthum ausgeschlossen ist, bestimmt, dass die Grundstücke veräussert werden müssen und der Erlös dem Erben verbleibe. (Erbr. § 40 A. 7.) — Puntschart findet den Grund der Entscheidung der l. 62 darin, dass der Erbe unmittelbar in den „Rechtsverband“ des Erblassers, und erst mittelbar und als nothwendige Folge davon in die einzelnen „Rechtsverbände“ des Erblassers eintrete. (Moderne Theorie d. P. S. 396.) — Vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 84; Dusi a. a. O. S. 84.

Erben brauchen wir an dieser Stelle nicht mehr zurückzukommen [1]). Aber gerade an sie hat sich die Controverse geknüpft, ob der Erbe die in Rede stehenden Rechte nur als Repräsentant des Erblassers, oder aber in eigener Person (suo nomine) erwerbe. Die Beantwortung im ersteren Sinne ist wenigstens für einen Vertreter jener Theorie nur consequent [2]); aber sie steht und fällt mit der Voraussetzung, dass der Erbe zwei Vermögen in sich vereinige, das des Erblassers und sein eigenes, — eine Lehre, für welche gerade auch unsere l. 62 als Stütze dienen musste [3]). Ferner hängt damit die Frage zusammen, ob der Erbe solche Sachen nur erwerben könne, aber sie dann veräussern müsse, oder ob er sie auch behalten dürfe? Gegen die erstere Ansicht wurde eingewendet, dass die l. 62 zwischen blossem Erwerben und Behalten nicht unterscheide; dass der Erbe solche Sachen bis zur Veräusserung immerhin haben würde; dass der fundus dotalis vom Erben auch behalten werde, ebenso vom Soldaten das in der Provinz ererbte Grundstück.

Was die zweite Gruppe betrifft, so wurde gegen die Meinung, dass Paulus nur sagen wolle, Hindernisse der Veräusserung finden keine Anwendung auf den Uebergang durch Vererbung, mit Recht geltend gemacht, dass dies wohl auf das Beispiel des Dotalgrundstückes (überhaupt auf die unveräusserlichen Sachen) passe, nicht aber auch auf den zweiten Fall, indem der Ausschluss einer Person vom commercium einer Sache nicht als blosses Veräusserungshindernis betrachtet werden könne. Richtig

---

[1]) S. oben I. S. 31 fg., 38 fg.; II. S. 75 A. 2, S. 90 A. 1.

[2]) Die Vertreter dieser Lehre hätten sich allenfalls noch auf Stellen berufen können, welche hinsichtlich einer Klage des Erben unterscheiden, ob er sie suo nomine oder aber hereditario nomine habe: l. 36 § 2 de H. P. (5, 3), l. 1 §§ 4, 6, 7 de injur. (47, 10) — s. oben I. S. 229 fg., 234 fg. —; l. 73 de evict. (21, 2), s. Krüger exceptio doli I. S. 65 fg.; ferner allenfalls auf Gaius III. 84 in Betreff der Schulden des Arrogierten. Beweis wäre das freilich auch keiner.

[3]) Vgl. bes. Birkmeyer a. a. O. S. 79 fg., S. 84. Hierüber s. die Citate oben I. S. 32, 34, 38, II. S. 131 A. 1. S. jetzt auch Hölder d. Stellung des Erben, Zeitschr. der Savigny-Stiftung 1895 S. 236 fg.

ist allerdings die Betonung, dass in Betreff der Gegenstände der l. 62 nicht das Erwerben und Haben überhaupt, sondern nur das Erwerben im Wege der Veräusserung ausgeschlossen wird; aber auf die Frage, warum denn nur der Erwerb durch Singular-, nicht auch der durch Universalsuccession ausgeschlossen wird, findet sich eine ausreichende Antwort nicht. Vom fundus dotalis wurde gesagt, dass der Erbe des Ehemannes, wenn er die Dotalschuld übernehmen soll, doch Eigenthümer des Grundstückes werden müsse [1]; aber zur Rückstellung desselben wäre er doch auch verpflichtet, wenn das Eigenthum auf ihn nicht übergehen würde, er aber Besitzer wäre; die Frage ist also berechtigt, warum das unveräusserliche Gut doch vererbt werde, wieder als unveräusserlich [2]. Was ferner den Fall des mangelnden commercium betrifft, so wird als Grund des Ausschlusses der Soldaten vom Erwerb des Grundbesitzes in der Provinz in den Quellen selbst angegeben: „ne studio culturae militia sua avocentur“ [3]: soll dieser Grund nur zutreffen, wenn der Soldat das Grundstück durch Kauf, Schenkung erwirbt, nicht auch dann, wenn er es ererbt [4]? Man hat sich daher genöthigt gesehen, die Möglichkeit des Erwerbes durch Erbgang auf die Billigkeit zurückzuführen [5]; aber warum gilt das Gleiche nicht auch für den Erwerb durch Legat [6]?

Was insbesondere die obligatorischen Rechte betrifft, welche zur Erbschaft gehören und welche von einzelnen Schriftstellern sicher nicht ohne Grund ebenfalls unter den Satz der l. 62 cit. gestellt werden, so kommt hier die alte Streitfrage in Betracht, warum denn dieselben nach römischem Rechte wohl durch Universalsuccession [7], nicht aber durch Singularsuccession (direct)

---

[1] Köppen Erbsch. S. 103.

[2] L. I. § 1 de fundo dot.; Czyhlarz a. a. O. S. 202; dazu S. 417.

[3] L. 13 pr. de re milit. (49, 16).

[4] Stellen II. S. 257 A. 2.

[5] Köppen a. a. O. S. 103.

[6] L. 62 cit. (41, 1). Vgl. auch l. 24 de nov. (46, 2).

[7] L. 37 de acquir. her. (29, 2); vgl. auch l. 49 i. f. de V. S.

übertragen werden können[1])? Und auch hier begegnen wir wieder dem vorhin erwähnten Gegensatz der Meinungen: Die Einen finden es im Wesen der Obligation begründet, dass sie nicht von ihrem Subjecte getrennt werden kann, indem dadurch eine Veränderung ihres Inhalts bewirkt würde[2]); ihnen muss daher der Ausschluss der Singularsuccession als das Normale erscheinen, während sie die Uebertragbarkeit im Wege der Uni-

---

[1]) Diese Frage spielt daher ihre Rolle nicht bloss im Obligationenrecht, sondern auch im Erbrecht; Literaturcitate sind hier überflüssig.

[2]) Zu den Vertretern dieser Richtung gehört neuestens auch Puntschart d. mod. Theorie S. 199 fg., 228, 319, 416. Er begründet die Unmöglichkeit der Singularsuccession in Obligationen damit, dass der oblig. Rechtsverband das streng persönliche Haftenmüssen („necessitas solutionis") in sich schliesse, die persönliche Erwerbsfähigkeit aber bei verschiedenen Personen eine sehr verschiedene sei. Diese Begründung würde wohl befriedigen für die passive Seite der Obligation (vgl. l. 5 i. f. de separ. 42, 6), für die active Seite aber sucht man wieder nach einem anderen persönlichen Momente; vgl. Hofmann in Grünhut's Zeitschr. VIII. S. 559 fg., Hellmann krit. V. J. Sch. Bd. 37 S. 590. — Nach P. wäre daher eine Singularsuccession möglich beim Verzicht auf die streng persönliche Haftung (a. a. O. S. 199, 228), ferner bei der Naturalobligation, welcher gerade das Moment der persönlichen Haftung mit der eigenen wirthschaftlichen Kraft fehle (S. 231 fg., 166, 173, 205, 208). Auf den Gesichtspunkt des Eintrittes in eine Naturalobligation gründet er auch die hypothekarische Succession und die moderne Eigenthümerhypothek (S. 285, 287, 288, 297, 299, 301) — nach Analogie des Satzes „remanet propter pignus naturalis obligatio" (S. 236 fg., 275 fg., 301) —; ebenso andere Rechtsgebilde (S. 325, 328, 330, 333). Einen Fall von Singularsuccession in eine Obligation findet er auch im Eintritt in ein Miteigenthumsverhältnis (S. 244); das Recht jedes Theilhabers, auf Theilung zu dringen, ist zwar auch ihm ein obligatorisches Recht, aber dasselbe soll nicht aus der dinglichen Mitberechtigung entspringen (vgl. Steinlechner juris communio II. S. 130 fg., 136 fg., 146 fg.), sondern aus einem an den dinglichen Rechtsverband accessorisch sich anschliessenden obligatorischen Rechtsverband, wobei die Frage nach dem Grunde des letzteren mit dem Hinweis auf dessen Nothwendigkeit beantwortet wird (S. 242 fg.). Aber da hätten wir ja eine Singularsuccession in eine vollwirksame („vollkommene") Obligation? Allerdings lässt sich auch fragen, ob es sich da überhaupt um die alte Obligation des Vorgängers handelt?

versalsuccession entweder auf das besondere Wesen der letzteren[1]), oder aber auf einen positiven Act der Gesetzgebung zurückführen[2]). Andere finden im Wesen der Obligation nichts, was

---

[1]) Hieher gehört wieder die ältere Theorie vom Fortleben der (vermögensrechtlichen) Persönlichkeit des Erblassers; für sie war gerade ‚die Ermöglichung der Fortdauer der Obligationen des Verstorbenen' die ‚wie es scheint uneinnehmbare Festung' (Windscheid krit. Ueberschau I. S. 188). Vgl. Puchta Pand. § 447 (dazu Rudorff in A. f.), Vorles. eod; Ihering Abhandl. S. 152 fg.; Scheurl Beitr. I. S. 12 fg. (dazu in der krit. Ueberschau I. S. 331 fg.); Schirmer de trib. reg. jur. p. 21 (Handb. § 3 N. 43), etc. Vgl. folgendes Raisonnement: Bei der Untrennbarkeit der Obligation von ihrem Subjecte würde ohne Fortdauer der Person des Erblassers auch die Rückwirkung des Erbschaftsantrittes die Obligation nicht vom Untergang retten (Scheurl Beitr. I. S. 12 fg). Aber von jenem Standpunkte würde auch die Verwandlung der natürlichen Person des Erblassers in dessen juristische den Untergang nicht aufhalten (Köppen Erbsch. S. 12 fg., S. 10 A. 2). Aber die juristische Person, welche an die Stelle der physischen tritt, ist ja dieselbe wie diese (Markusen a. a. O. S. 115 fg.). S. oben I. S. 30 fg., 66 fg., etc.

[2]) Nämlich des Zwölftafelgesetzes (c. 7 C. de her. act. 4, 16). So Pernice Labeo I. S. 330 fg.; Birkmeyer d. Vermögen im jurist. Sinne S. 255 fg. (S. 80); Hofmann a. a. O. S. 563 A. 19 (vgl. Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 8 fg.); Puntschart d. moderne Theorie S. 199, 319, 416 (seine Begründung aus dem Untergang der Haftung mit der persönlichen Erwerbsfähigkeit des Erblassers berücksichtigt nur die passive Seite der Obligation). — Zu dieser schwierigen Frage sei hier nur Folgendes bemerkt. Für die Vertreter der Lehre, dass die Obligation ihrem Wesen nach vom Subjecte untrennbar sei, und dass ein Wechsel in demselben ihren Inhalt verändern würde, besteht allerdings die Nothwendigkeit, einmal die Möglichkeit des Fortbestandes der Obligation in der Erbschaft, dann die Möglichkeit ihres Ueberganges auf den Erben zu begründen; denn jene Lehre müsste sich an sich nicht bloss für die Singular-, sondern auch für die Universalsuccession bewähren (Hofmann a. a. O. S. 563); vgl. l. 1 § 43 de aqua quot. (43, 20): ‚— quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominium praediorum, neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit'. Und was nun die Ableitung der Vererblichkeit der Obligation aus dem Wesen der Universalsuccession betrifft, so macht allerdings der Umstand einige, wenn auch nicht unüberwindliche Schwierigkeit, dass bei der Arrogation und Coemption in Betreff des Schuldüberganges andere Grundsätze gelten: Gaius III. 83, 84 (IV. 38), 85 (II. 34, 35; Ulpian

ihren Uebergang auf ein anderes Subject hindern würde; die Möglichkeit ihrer Uebertragung durch Universalsuccession erscheint ihnen daher als das Normale, das für das Wesen derselben nichts beweise, während der Ausschluss der Singularsuccession im röm. Rechte allerdings einer besonderen Begründung bedürfe; und als solche wird bald der Mangel einer geeigneten

---

frg. XIX. 12 fg.). Hiernach gehen die eigenen Schulden des Arrogierten civilrechtlich unter, also nicht auf den Arrogator über. Gegen Savigny, der (Syst. II. S. 82, III. S. 15 N. e) den Grund davon in der capitis deminutio des Arrogierten findet, macht Arndts (Pand. § 56 A. 3) den Gesichtspunkt geltend, dass der Arrogierte in dieselbe Lage komme, wie wenn er ex justis nuptiis erzeugt wäre. (S. aber Gaius selbst l. c.) Nach Arndts liegt in den erwähnten beiden Fällen nur eine ‚adquisitio per universitatem' vor, im Gegensatz zur ‚successio in omne jus', z. B. defuncti. Dagegen Birkmeyer a. a. O. S. 249 fg.; 283 fg.; aber auch S. 79 fg. — Hingegen die vom Arrogierten ererbten Schulden gehen auf den Arrogator über. Pagenstecher (Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 34, 35) meint, Gaius spreche von einer zur Zeit der Arrogation noch nicht angetretenen Erbschaft (vgl. auch Pernice Labeo I. S. 331 u. A. 31); dagegen Scheurl Beitr. I. S. 322, Windscheid krit. Uebersch. I. S. 197 A. 2. Brinz 1. Aufl. II. S. 670 erblickt in diesem Uebergang der Erbesqualität eine successive Erbfolge (vgl. Puntschart a. a. O. S. 413 fg.); dagegen Pernice Labeo I. S. 331 A. 30. Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 247 gibt gerade hier als Grund an, dass der Arrogierte die rechtliche Stellung eines leiblichen ehelichen Sohnes erhalte. — Wenn wir oben (I. S. 331) als Grund davon, dass nach röm. Rechte eine Nacherbeinsetzung nicht (direct) zur Wirksamkeit gelangen konnte, das Prinzip ‚semel heres semper heres' bezeichneten, so dürfte diese Auffassung gerade in Gaius III. 84 eine Bestätigung finden, wo der Uebergang des aes hereditarium des Arrogierten auf den Arrogator mit den Worten begründet wird: ‚quia ipse pater adoptivus (aut coemtionator) heres fit, — is vero, qui se adoptandum dedit (quaeve in manum convenerit), desinit heres esse'. — Bieten so die Fälle der Arrogation und Coemption keine absolute Schwierigkeit für die Erklärung des Ueberganges der Schulden eines Erblassers auf den Erben, so dürfte auch der Umstand, dass das Zwölftafelgesetz die Haftung des Erben ausdrücklich festsetzte, doch kaum als ein ausreichender Beweis dafür zu betrachten sein, dass an sich der Uebergang der Schulden gegen das Wesen der Obligation verstosse und einzig in der durch die Verkehrssicherheit bedingten positiven Satzung seinen Grund habe. Es wird doch zugegeben, dass diese Satzung ‚nichts weiter ist, als die gesetzliche Fixierung einer

Form (Gaius II, 38), bald der Wille des Gesetzgebers, bald die eigenthümliche Natur des Gegenstandes von Forderung bezw. Schuld etc. angeführt [1]).

Erwähnt soll noch werden, dass bei der Erörterung unserer Frage wenig beachtet wird, dass dem Unterschiede von Singular- und Universalsuccession, welcher zunächst die Art der Begründung bezw. Uebertragung von Rechten und Rechtsverhältnissen betrifft, eine praktische Bedeutung auch nicht bloss für die Frage der Uebertragbarkeit derselben, sondern auch noch in manchen anderen Beziehungen zukomme, wie in neuerer Zeit mit Recht wenigstens hervorgehoben wurde [2]). Allerdings dürfen diese Differenzen nicht damit begründet werden, dass es sich bei der Singularsuccession nur um die Uebertragung des Objectes eines Rechts, bei der Universalsuccession um die Uebertragung des Rechtes selbst handle, dass also beide Successionsarten keinen gemeinsamen Wurzelbegriff haben [3]).

Unsere Ansicht in Betreff der l. 62 cit. ist folgende. Klar ist allerdings, dass wenn der Ausschluss der Singularsuccession mit einem gesetzlichen Veräusserungsverbot begründet ist, davon

---

vom Rechtsgefühle gestellten, der Billigkeit entsprechenden Forderung‹ (Pernice a. a. O. S. 331). Vgl. auch Gaius II. 55. — Dieselbe Streitfrage übrigens, welche in Betreff der Haftung des Erben für die Erbschaftschulden überhaupt besteht — ob sie aus dem Wesen der Universalsuccession oder nur aus positiver Satzung hervorgegangen (vgl. auch Hölder a. a. O. S. 255, 257 fg.) — wiederholt sich in Betreff der Unbeschränktheit dieser Haftung, ferner in Betreff der Theilung der Schulden bezw. Forderungen bei einer Mehrheit von Erben (c. 16 C. de pact. 2, 3, c. 6 C. fam. erc. 3, 36, c. 1 C. si cert. pet. 4, 2, cc. 1, 2 C. si unus 8, 32, c. 1 C. de except. 8, 36; l. 25 § 9 Fam. erc. 10, 2); vgl. nur Hofmann a. a. O. S. 556 fg., 561 fg., 564 fg.

[1]) Aus der Literatur unserer Materie vgl. Windscheid krit. Uebersch. I. S. 188 fg., Köppen Erbsch. S. 13 fg., S. 18 fg.; Brinz 1. Aufl. II. § 156.

[2]) Bruns in Holtzend. Encyclop. III. 1 § 95; Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 42 No. VII. Vgl. auch den merkwürdigen Ausspruch in l. 13 § 4 de acquir. poss. (41, 2): „— plenius est jus successionis quam emtionis‹.

[3]) Kuntze Obl. u. Sing. Succ. § 19; dagegen z. B. Arndts Pand. § 56 A. 2.

die Uebertragung durch Erbfolge ganz unberührt bleibt, eben weil die Vererbung nicht unter den Begriff der Veräusserung fällt [1]) — (vor allem nicht die gesetzliche Vererbung, aber auch nicht die letztwillige). Das ist nun die gewöhnliche Erklärung jener Stelle; aber einmal trifft sie nur den ersten Fall derselben (hinsichtlich des fundus dotalis); überdies frägt man selbst hier, warum denn nicht auch die Uebertragung durch Erbgang ausgeschlossen wurde, wohl aber wieder die durch Legat? und beim Ausschluss der Singularsuccession in Obligationen lässt sich überhaupt nicht von einem Veräusserungsverbot sprechen [2]). Wenn ferner, wie im zweiten Falle unserer Stelle, der Ausschluss der Universalsuccession im Mangel des commercium einer Person in Ansehung des betreffenden Gegenstandes begründet ist, so lässt sich zwar wieder sagen, dieser Mangel berühre eben nicht die Möglichkeit des Erwerbes durch Erbfolge; aber das ist auch nur eine Erklärung aus dem Begriffe des commercium [3]), und es entsteht wieder die Frage, warum dieselbe Person nicht auch vom Erwerbe der Sache im Wege der Universalsuccession ausgeschlossen wurde? Warum soll es bloss auf die Art des Erwerbes, und nicht vielmehr auf die Wirkung des Erwerbes ankommen?

Mag nun der Grund für die Unveräusserlichkeit gewisser Sachen oder Rechte, der Grund für den Ausschluss einer Person vom commercium einer Sache welcher immer sein, mag also die Unmöglichkeit der Singularsuccession in das Eigenthum gewisser Sachen oder in Forderungsrechte welchen Grund immer haben: wenn solche Sachen bezw. Rechte im Wege der Universalsuccessiou übertragen werden können, so kann der nächste Grund davon in nichts anderem gelegen sein, als in dem eigenthümlichen Mechanismus der letzteren Erwerbsart selbst. Mit dem Erbschaftsantritte tritt der Delat an die uni-

[1]) Vgl. die Gegenüberstellung von Vererbung und Alienation in l. 1 § 1 de fundo dotali (23, 5). Unger II. § 94 A. 9.

[2]) Anders in den Fällen speziellen Ausschlusses der Cession gewisser Forderungen; oben II. S. 257 A. 6.

[3]) Vgl. Köppen Erbsch. S. 103. Ueber den ursprünglich engeren, später aber erweiterten Begriff von commercium s. Savigny Syst. II. S. 27 fg.

versitas des Nachlasses als solche heran; und hiezu bedarf er der testam. factio mit dem Erblasser; durch diese Gesammtheit („per universitatem"), welche als solche in der Person resp. im Vermögen des Erben untergeht, erwirbt er alle einzelnen zu derselben gehörigen Vermögensstücke, ohne dass es noch in Ansehung derselben (nach röm. R.) der besonderen Erwerbsarten bedürfte, ja ohne dass für sie, die ja bis dahin nur Theile eines Ganzen waren, solch' besonderer Erwerb überhaupt möglich wäre[1]). Und die Erklärung für all' dies liegt nur im Wesen des Erbschaftsantrittes als der Genehmigung des Willens, der den Delaten einseitig als Erben und damit als Herrn des Vermögens des Verstorbenen („dominus hereditatis") setzte[2]). Wäre die Universalsuccession nichts als ein uno actu gesetzter Complex von Singularsuccessionen[3]), so wäre eine Erklärung der obigen Erscheinung überhaupt nicht möglich[4]).

Damit ist, wir möchten sagen, die formelle Begründung der Möglichkeit eines Erwerbes durch Universalsuccession, der im Wege der Singularsuccession unmöglich wäre, gegeben. Allerdings bedarf derselbe auch der materiellen Rechtfertigung; denn gleichwie die sog. höchstpersönlichen Rechte des Erblassers schon mit seinem Tode untergehen[5]), so könnte man fragen,

---

[1]) S. oben II. S. 110 fg., 148 fg., 223 fg. und promiscue.

[2]) Damit hängt doch auch zusammen die Unmöglichkeit der Erbeinsetzung ex re certa oder excepta re certa — ohne Anordnung eines dinglichen Legats —; und die hereditatis petitio geht begrifflich auf Inanspruchnahme der Eigenschaft als Erbe, mag sie nun bloss als condemnatorische Klage, oder auch als blosse Präjudicialklage auftreten können. Vgl. Arndts Pand. § 531 A. 2, Unger VI. § 50 A. 2; jetzt bes. Hölder d. Stellung d. röm. Erben S. 248 fg.

[3]) Ueber Gai. epit. II. 2 pr. (oben II. S. 110 A. 4): vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 83, 248, 286.

[4]) Es bliebe nur die Berufung auf Billigkeit übrig: oben II. S. 262. Allerdings aber liegt in der Genehmigung des Ganzen (bezw. der Erbesqualität) implicite die Genehmigung alles einzelnen; daher sprechen die Quellen nicht bloss von einem adstringere se hereditati (Puntschart mod. Theorie S. 392 fg.), sondern auch von adstr. se hereditariis actionibus (z. B. l. 53 ad S. C. Treb. 36, 1; vgl. auch l. 14 § 5 eod.).

[5]) S. die oben cit. l. 1 § 43 de aqua quot. (43, 20). Vgl. Unger I. § 64 S. 569 fg. (§ 65 S. 591 A. 41).

warum das Gleiche nicht auch in den hier in Frage stehenden Fällen zutreffe? Aber hier macht sich die concrete Natur dieser Fälle geltend. Bei dem einer Erbschaftssache anhaftenden Veräusserungsverbote ist es nicht der Inhalt des Rechtes, der durch die Individualität seines Trägers bedingt erscheint, sondern vielmehr die der Sache gegebene Zweckbestimmung, welche die Veräusserung ausschliesst. Was namentlich den fundus dotalis betrifft, so ist klar, dass der legislative Grund des Veräusserungsverbotes beim Uebergang durch Erbfolge nicht zutrifft, sofern ja dem Erben die Restitutionspflicht obliegt [1]), welche einen Singularsuccessor nicht treffen könnte. Bei den Obligationen ist der legislativpolitische Grund davon, dass sie, wenn nicht höchstpersönlicher Natur, mit dem Tode des Subjects nicht untergehen, sondern in der Erbschaft fortdauern und auf den Erben übergehen, wenigstens für die Erbschaftsschulden auf der Hand liegend [2]); für die Erbschaftsforderungen allerdings lässt sich der gleiche Grund nicht geltend machen [3]); aber der Uebergang der ersteren auf den Erben hat den der letzteren zur unvermeidlichen Folge, soll überhaupt noch von einem Vermögensübergang gesprochen werden [4]). Beim Ausschluss einer Person vom commercium einer Sache handelt es sich um etwas so Positivrechtliches, dass der Umfang solcher Einschränkung der Erwerbsfähigkeit und damit das rechtliche Schicksal eines solchen Erbschaftsstückes eben auch nur aus dem Inhalt und der Intention der betreffenden

---

[1]) Darauf gehen die persönlichen wie die dinglichen Klagen.

[2]) Vgl. Köppen Erbsch. S. 13 fg.; Bruns in Holtzend. Encycl. § 19; dagegen Rudorff zu Puchta's Pand. § 447 A. f.

[3]) Bei der Arrogation und in manum conventio waren Forderungen und Schulden ebenfalls ungleich behandelt (oben II. S. 264 A. 2). Bei der alten in jure cessio der erst deferierten hereditas legitima wurde überhaupt der Cessionar Erbe an Stelle des Cedenten; und war die Erbschaft bereits erworben (ex lege oder ex testamento, aditione oder ipso jure), so blieben die Erbschaftsschulden beim Cedenten, die Erbschaftsforderungen aber gingen unter (oben I. S. 377). Vgl. über Beides auch Puntschart d. mod. Theorie S. 413 fg. mit seiner Unterscheidung von „Erbverband" und „Erbschaftsverband".

[4]) S. oben II. S. 102 A. 1, S. 109 fg.

Bestimmung beurtheilt werden kann. So insbesondere der Ausschluss des Soldaten vom Immobiliarerwerbe in der Provinz seines Kriegsdienstes [1]). Deshalb kann aber auch der Satz unserer l. 62 nicht auf alle Fälle angewendet werden, in welchen dem Delaten die Fähigkeit zum Erwerbe gewisser Erbschaftsstücke fehlt [2]). Wenn z. B. einer gewissen Klasse von Personen durch ein Imperativgesetz die Besitzfähigkeit in Ansehung der Immobilien abgesprochen wäre [3]), so wären sie sicher auch vom Erwerbe derselben durch Erbgang ausgeschlossen: nicht bloss vom Behaltendürfen, sondern schon vom Erhaltendürfen. Der juristische Sachverhalt aber bestände darin, dass solche Sachen im Augenblicke des Erbschaftsantrittes der betreffenden Person von der Erbschaft ausscheiden [4]), aber der durch Veräusserung derselben erzielte Erlös dem Erben auszufolgen wäre [5]). Und hierin läge immer-

---

[1]) Gab es doch selbst Ausnahmen in Betreff der Singularsuccession, und war doch die Sanction des Verbotes nur die Confiscation der Sache: l. 9 pr., l. 13 pr. § 1 l. c. (49, 16).

[2]) Die Stelle spricht nur von „quaedam"; allerdings heisst es dann allgemein; „res, cujus aliquis commercium non habet".

[3]) Liter. hierüber aus dem österr. Recht: s. oben II. S. 66 A. 3.

[4]) Ein Vorbild dafür besteht im alten Vindicationslegat: wie hier zufolge des Willens des Erblassers mit dem Antritte des Erben die legierte Sache ausscheidet, so fände in unserem Falle eine Ausscheidung statt zufolge Willens des Gesetzes. Wir hätten dann dem Effecte nach eine Erbfolge excepta re certa. Während aber bei einer test. Erbeinsetzung dieser Art das röm. Recht mit der Annahme eines Fideicommisses zu Gunsten der Miterben oder der gesetzlichen Erben operiert (für das österr. Recht s. Unger VI. § 8 A. 6 i. f., § 57 A. 5, Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 66), liesse sich in unserem Falle wenigstens fragen, ob ein analoger Wille des Gesetzes anzunehmen sei? Aus der Verneinung aber folgt noch nicht, dass die Sache herrenlos werde oder als bonum vacans an den Fiscus falle. (S. die folgende Anmerkung.)

[5]) In dieser Hinsicht kommt in Betracht, dass der Erbe den Anspruch auf die ganze Erbschaft (resp. Erbschaftstheil) hat, sei es in natura, sei es dem Werthe nach. (Vgl. die Fälle einer nothwendigen Veräusserung von Erbschaftssachen; der Haftung Dritter gegenüber der Erbschaftsklage; die Grundsätze des Erbschaftskaufes, des Universalfideicommisses; man denke auch an die Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger, Legatare, Notherben.) S. Savigny I. S. 375 fg. über den Begriff

hin eine Art alterierenden Einflusses des Erbschaftserwerbes [1]), während kein Argument gegen denselben in dem

---

des Vermögens mit seiner Abstraction von der Beschaffenheit der einzelnen Rechte, wodurch es in eine reine Quantität von gleichartigem Gehalt verwandelt werde, eine Behandlung, die vermittelt wird durch den Begriff des Werthes, der sich wieder äusserlich darstellt durch das Geld. Birkmeyer a. a. O. S. 295 fg.; Regelsberger Pand. I. § 104 (dazu § 95 zu A. 14). Wenn also eine positive Gesetzgebung den Verkauf solcher Sachen für den Erben bestimmt, so beruht dies u. E. nicht auf blosser Billigkeit, sondern auf einem juristischen Prinzip. (Für das österr. Recht s. den Just. Min. Erl. v. 5. August 1849 in Betreff der Montenegriner (Unger VI. § 40 A. 7); s. ferner Hofdecr. v. 25. Nov. 1826 in Betreff akatholischer Erben (zu § 101 Verl. Pat. v. 1854)]. — Interessant ist ferner der Vergleich mit dem Falle des Legates einer Sache, für welche dem Legatar das commercium fehlt: l. 40 de leg. I., l. 114 § 5 eod., l. 49 §§ 1, 2 de leg. II., l. 11 §§ 16, 17 de leg. III. (s. Arndts Pand. § 547, in Glück XLVI. S. 100 fg., Windscheid III. § 634 A. 5, 7. Oesterr. R. § 654 a. b. G. B., Unger VI. § 60 A. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 408 fg.). Ueber den entgegengesetzten Fall, dass nur dem Onerierten das commercium fehlt: l. 49 § 3 de leg. II. (Arndts Pand. a. a. O., in Glück a. a. O., Windscheid a. a. O. A. 6; Unger VI. § 60 A. i. f.)

[1]) Allerdings nicht in dem Sinne, dass etwas, was erst während der hereditas jacens giltig begründet wurde, hinterher ungiltig wird, wohl aber in dem Sinne, dass ein Recht, welches der Erblasser hatte, und welches nach seinem Tode fortzudauern schien, mit dem Erbschaftsantritte als hinfällig erscheint. Aber — wird man einwenden — das betreffende Recht hat doch während der her. jac. fortbestanden, und wird erst mit dem Eintritte eines dazu unfähigen Erben entweder herrenlos oder die Sache fällt an den Fiskus, oder wird für den Erben in Geld umgesetzt? Darauf ist zu sagen: Bei der Rückwirkung handelt es sich um Rückbeziehung eines später wirklich gemachten Erwerbes, im vorliegenden Falle aber erwirbt der Erbe die betreffende Sache überhaupt nicht (s. oben II. S. 140 fg., 147, 186). Wer war aber dann Eigenthümer, wenn nicht die Erbschaft selbst? Darauf ist zu erwiedern: die Herrenlosigkeit der Sache liesse sich wohl auch zurückdatieren (s. oben II. S. 22 fg.), allenfalls auch der Zustand derselben als bonum vacans. Aber für einen dritten Käufer, der sicher erst von jetzt an Eigenthümer wird, scheint doch der Fortbestand des Eigenthums bis dahin nothwendig zu sein, ebenso für dritte Personen, die an der Sache dingliche Rechte (Servituten, Pfandrechte) haben? Darauf ist zu bemerken: die Sache blieb während der her. jac. jedenfalls in einem Zustand rechtlicher Gebundenheit für ihren

Umstande liegt, dass in anderen Fällen der Erwerb einer Sache durch Erbgang ungeachtet mangelnden Commerciums möglich ist[1]).

§ 58. Fortsetzung.

Wir kommen nun zu der Frage, von welcher wir ausgegangen sind: gilt das, was die l. 62 cit. von Sachen bezw. Rechten, welche bereits dem Erblasser gehörten, bestimmt, auch von Sachen bezw. Rechten derselben Art, welche erst während der hereditas jacens begründet wurden?

Diese Frage ist in Betreff der sog. unveräusserlichen Gegenstände zum Theil überhaupt unpraktisch (man denke an den fundus dotalis nach röm. Rechte); und sofern ein schon vorhandener Erbschaftsgegenstand unveräusserlich werden könnte (z. B. als res litigiosa nach röm. R.), wäre an dem Uebergang auf den Erben nicht zu zweifeln; die Vererblichkeit der für die Erbschaft begründeten Obligationen — Forderungen oder Schulden — steht ohnehin fest. So können wir den Fall der Unveräusserlichkeit von der Frage nach der Möglichkeit eines alterierenden Einflusses des Erbschaftserwerbes ausscheiden und uns auf den Fall beschränken, dass dem Erben in Betreff eines für die Erbschaft erworbenen Gegenstandes das commercium fehlt; und dieser Fall ist allerdings möglich, bes. im Hinblicke darauf, dass man den künftigen Erben vielleicht noch nicht einmal kennt.

Dass es für den Erben genügend sei, wenn er im Augenblick seines Antrittes die erforderliche Erwerbsfähigkeit hat, möchte sie ihm auch vorher gefehlt haben, ergibt sich daraus,

---

künftigen Zweck (oben promiscue), und als solche war sie der allgemeinen Occupation entzogen; sie konnte an einen Dritten veräussert werden, der Erbe hat auf ihren Werth wie auf jeden Vortheil von ihr einen Anspruch, und dritte Personen behalten ihre Rechte an ihr wie an einer von ihrem Eigenthümer aufgegebenen Sache (oben II. 19 A. 2.

[1]) Es liegt darin kein Argument gegen die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes; denn hier fehlt ja dem Erben gerade nur das commercium für den Singularerwerb, nicht auch für den Universalerwerb; mithin ist der Sachverhalt derselbe wie bei jedem anderen vererblichen Rechte.

dass für jenen Erwerb vorerst die Person des Erblassers massgebend war, und dass für die Erbeinsetzung eines servus hereditarius dafür ein ausdrückliches Quellenzeugnis vorliegt [1]), wie denn auch für andere Fälle der Pendenz der gleiche Standpunkt vertreten wird [2]). Wie aber, wenn dem Erben im Augenblicke seines Antrittes jene Fähigkeit fehlt? Die Frage, ob hier dem Antritte ein alterierender Einfluss zukomme, wird ziemlich allgemein verneint [3]). Sollte in der That jeder Zweifel ausgeschlossen sein? Was die Berufung auf die l. 62 cit. betrifft, so wäre damit überhaupt nur der Fall getroffen, dass es sich um ein zwar nicht durch Singular-, wohl aber durch Universalsuccession erwerbliches Recht handelt. Für diesen Fall liesse sich, wie es scheint, sagen, dass, was jenes Fragment für Rechte solcher Art, die bereits der Erblasser hatte, bestimmt, doch auch gelten müsse für Rechte, die erst nach seinem Tode begründet wurden, sofern sich deren Erwerb ja ebenfalls nach der Person des Erblassers bestimme und dieselben sicher ebenfalls zu den res hereditariae gehören [4]), der allgemeine Gedanke jenes Fragmentes aber doch kein anderer sei als der, dass eine „res, cujus aliquis commercium non habet", dann, wenn sie eine res hereditaria ist, vom Erben erworben werde. Bei solcher Argumentation dürfte aber die Begründung der Vererblichkeit wieder nicht dahin erfolgen, dass die Vererbung nicht unter den Begriff der Veräusserung falle, bezw. dass der Ausschluss vom commercium einer Sache nicht ein Ausschluss von der Ererbung sei: da bliebe nur wieder die Frage offen, warum der Gesetzgeber nicht auch die letztere ausgeschlossen hat, — eine Frage, welche nur nach der ratio legis des einzelnen Falles beantwortet werden könnte, während die formelle Möglichkeit des Erwerbes durch Erbgang wieder auf das Wesen der Universalsuccession zurückzuführen

---

[1]) Oben II. II. S. 250 fg.

[2]) Vgl. Mitteis Stellvertr. S. 246 fg.

[3]) Oben II. S. 255 über v. Scheurl u. Köppen; nach Ihering wäre die Frage für das ältere Recht zu bejahen, für das neuere zu verneinen.

[4]) Oben II. S. 223 A. 5.

wäre [1]). Wenn also die l. 62 cit. auf unseren Fall analog anwendbar wäre, hätten wir hier allerdings einen Fall, in welchem dem Erbschaftsantritte eine alterierende Wirkung, d. h. rückwirkende Kraft nicht zukäme, so dass ein während der hereditas jacens gemachter, im Hinblick auf die Person des Erblassers als giltig erscheinender Singularerwerb nicht hinterher aus der Person des Erben, dem das commercium dazu fehlt, ungiltig würde. Und so scheinen auch einzelne Schriftsteller zu argumentieren. Dieser Argumentation möchte vielleicht entgegengehalten werden, dass, wenn ein Gesetz die Erwerbsfähigkeit einer Person in Betreff gewisser Sachen nur für den Singular-, nicht auch für den Universalerwerb ausschliesst, diese Person in letzterer Richtung eben die persönliche Fähigkeit habe, ihr Erbschaftsantritt also unmöglich alterierend wirken könne [2]). Hingegen könnte aber wieder repliciert werden, dass der Erbe doch nicht die Erbschaft, für welche der Singularerwerb gemacht wurde, beerbe [3]); dass, sofern es überhaupt eine Rückwirkung gebe, das für die Erbschaft Erworbene so zu behandeln wäre, als ob es vom Erben bezw. für denselben erworben worden wäre; dass also, wenn nach l. 62 cit. das Erworbene dennoch auf den Erben übergehe, dies gegen die Rückwirkung beweise.

Gerade hier aber liegt der Punkt, welcher gegen die Analogie der l. 62 cit. Bedenken erregen muss. In dem Falle derselben konnte von einer Rückwirkung in dem soeben angegebenen Sinne überhaupt nicht die Rede sein, weil bereits der Erblasser selbst die Sache giltig erworben hatte [4]); es konnte nur die Frage

---

[1]) Oben II. S. 267 fg. Köppen begründet einerseits die Möglichkeit des Ueberganges von während der her. jac. durch einen singulären Titel erworbenen Rechten auf den Erben, dem das commercium fehlt, damit, dass solche Rechte selbständige von der Person des Erwerbers unabhängige Erbschaftsbestandtheile seien, beruft sich aber auch auf die positive Bestimmung der l. 62 cit. (s. oben II. S. 255 A. 2), welche wieder in der concreten Natur der einzelnen Fälle begründet sei, während an sich der Erbe auch den einzelnen Rechten gegenüber die Fähigkeit haben sollte (oben II. S. 259 in der Anm.).

[2]) Oben II. S. 259 fg.

[3]) Oben I. S. 96 fg., 292 fg.; II. S. 107 fg.

[4]) Oben II. S. 271 A. 1.

entstehen, ob der Erbe in das Recht an derselben eintreten könne oder nicht, was Paulus für die von ihm vorausgesetzten Fälle im ersteren Sinne entscheidet. Bei Sachen, die erst für die Erbschaft erworben wurden, verhält sich das offenbar anders, hier ist eine Rückwirkung an und für sich jedenfalls möglich [1]. Ist sie aber auch zu behaupten? Es kommt in Betracht, dass der Erwerb des betreffenden Gegenstandes bezw. Rechtes dann, wenn der Erbe ein heres necessarius wäre, überhaupt nicht hätte stattfinden können; soll nun beim heres voluntarius die Verzögerung des Erbschaftserwerbes einen Unterschied begründen? Dieselbe kann ja auf triftigen Gründen beruhen [2], denkbar wäre aber auch ein Dolus des Delaten [3], um den Mangel des commercium unschädlich zu machen [4]. Und wie erst, wenn mit einem Freiwilligen ein nothwendiger Erbe concurriert [5]?

Aber — könnte man fragen — widerspricht die Ablehnung der Analogie der l. 62 cit. nicht unserer Auffassung der her. jacens als eines Pendenzverhältnisses mit vorläufiger Regelung des Eigenthums im Sinne des bisherigen Zustandes? wie soll der hiernach giltig vorgenommene Erwerbsact hinterher wieder als ungiltig behandelt werden? wird doch auch ein nach jenem Standpunkt ungiltig vorgenommener Rechtsact nicht wieder giltig [6]? Hierauf ist zu erwiedern: der Rechtsact setbst bleibt

[1] S. oben II. S. 139 A. 2, S. 223 zu A. 1. Höchst persönliche Rechte können entweder der Erbschaft überhaupt nicht erworben werden, oder sie entstehen erst in der Person des Erben. (Vgl. oben I. S. 145 fg., 209, II. S. 156 fg., 179, 197 fg.)

[2] Oben II. S. 245 A. 6. Bei bedingter Erbeinsetzung ist die Verzögerung begrifflich gegeben.

[3] L. 35 pr. de usufr. (7, 1) — oben II. S. 179 A. 1 —. Vgl. auch l. 7 § 5 de dolo (4, 3); l. 13 pr. i. f. de re milit. (49, 16); l. 3 § 11 de statulib. (40, 7).

[4] In anderer Beziehung kann sich der Unterschied zwischen einem nothwendigen und einem freiwilligen Erben für den Ewerb in der Zwischenzeit allerdings geltend machen; vgl. l. 68 § 1 de leg. I. (oben I. S. 209 A. 6, 7, II. S. 161 A. 3, S. 202 fg.).

[5] Oben I. S. 455 A. 1.

[6] Es hat wenigstens begriffliche Bedenken, nur die Möglichkeit der Convalidierung, nicht aber die der Annullierung anzunehmen. Oben II. S. 213, 249 A. 2.

in seiner Giltigkeit vom Eintritte eines solchen Erben unberührt; auch seine Wirksamkeit steht, soweit es sich um den Dritten handelt, von welchem die Sache durch singulären Titel erworben wurde, ausser Zweifel, dies ist ein Postulat der Verkehrssicherheit [1]); soweit es sich aber um den nachherigen Erben handelt, vermag die Rückwirkung allerdings sich geltend zu machen, in dem Sinne, dass er so zu behandeln sei, wie wenn er sofort nach des Erblassers Tode Erbe geworden wäre — d. h. dass jener Erwerb für ihn unwirksam sei.

Im Uebrigen muss, was nicht immer beachtet wird, unterschieden werden zwischen den verschiedenen Arten des Mangels des commercium in Betreff einer Sache [2]): ob nämlich der Mangel sich auf den Erwerb der Sache überhaupt bezieht, oder nur auf den Singularerwerb derselben, oder nur auf eine bestimmte Form des letzteren.

Ist der Erbe nur einer bestimmten Geschäftsform nicht fähig [3]), so bewirkt dies natürlich nicht einen Ausschluss vom Erwerbe des betreffenden Gegenstandes bezw. Rechtes, nicht einmal nothwendig vom Erwerbe durch einen singulären Titel. Wurde also jenes Geschäft für die Erbschaft im Hinblick auf die Person des Erblassers giltig vorgenommen, dann gilt die dadurch begründete Wirkung sicher auch für den nachherigen Erben, und Niemand wird sagen, jenes Rechtsgeschäft sei als vom Erben bezw. für denselben vollzogen zu betrachten [4]). Die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes betrifft nur die Wirkung der vom Erblasser hinterlassenen bezw. nach dessen Tod begrün-

---

[1]) Vgl. oben I. S. 188, II. S. 36 zu A. 1, S. 66 fg., 230, 232 (I. S. 263 fg.). Vgl. l. 41 de R. C. (12, 1).

[2]) In einer anderen Beziehung vgl. oben I. S. 356, 359 fg. Dazu auch l. 11 § 2 de B. P. sec. tab. (37, 11); Köppen success. Entst. S. 86.

[3]) Man denke für das römische Recht an den in einem Soldatentestament eingesesetzten Peregrinen im Verhältnis zu einer durch Mancipation erworbenen Sache, im Verhältnis zu einer durch Stipulation versprochenen Leistung. (Oben II. S. 254 A. 3.)

[4]) Wie bei einer auf den Namen des künftigen Erben gestellte Stipulation; oben I. S. 168 fg., II. S. 51 fg.

deten Rechtsverhältnisse, nicht auch die zu ihrer Begründung vorgenommenen Rechtsacte. Der Erbe tritt eben in erstere ein „hereditate", nicht „emtione" etc. [1]), indem er den ihn als Erben setzenden Willen ratihabiert.

Fehlt dem Erben das commercium für den Singularerwerb, nicht aber für den Erwerb durch Universalsuccession — ein an sich gewiss seltener Fall [2]), den aber gerade unsere l. 62 erwähnt — so wäre vor allem zu untersuchen, ob dabei bloss der Ausschluss von jedem Rechtsgrund (Titel) des Singularerwerbes (Kauf, Legat) gemeint ist — ein Fall, der wohl nicht zu vermuthen ist, weil er wenig Sinn hat, der aber wie der soeben besprochene Fall zu behandeln wäre —, oder auch der Ausschluss von der Wirkung desselben, d. h. vom Rechte selbst, das den Gegenstand des singulären Erwerbes bildet [3]). Im letzteren Falle erscheint allerdings der Satz der l. 62 auf den ersten Blick auch dann anwendbar, wenn der Singularerwerb erst hereditate jacente erfolgte, so dass also dieser Erwerb auf den Erben ungeachtet dessen, dass ihm das commercium fehlt, übergehen würde. Dass aber die Analogie der l. 62 keine zwingende sei, wurde vorhin gezeigt. Die Bedeutung der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes ist die, dass die Wirkung jenes Actes, soweit sie nicht den dritten Contrahenten betrifft, als in der Person des Erben eingetreten zu behandeln ist, dem aber vorausgesetztermassen die Fähigkeit dazu fehlt. Ueberhaupt steht die Wirksamkeit jedes hereditate jacente abgeschlossenen Rechtsgeschäftes

---

[1]) L. 3 § 2 de itinere (43, 19); Gai. epit. II. 2 pr. (Haenel lex rom. Visig. p. 324). Windscheid III. § 605 A. 10.

[2]) Puchta Vorles. II. Beil. 21 meinte noch, es gebe überhaupt im röm. R. keinen solchen Fall; andere Schriftsteller haben hingewiesen auf das Verbot des Ankaufes von Grundstücken seitens des Soldaten in der Provinz seines Kriegsdienstes (oben II. S. 257 A. 2). In der oben cit. l. 49 § 3 de leg. II. ist ebenfalls erwähnt, dass einem Erben in Betreff der legierten Sache das commercium fehlt.

[3]) So wird in dem angegebenen Beispiele das vom Soldaten angekaufte Grundstück confisciert (l. 9 pr., l. 13 pr. de re mil. 49, 16), während das Veräusserungsgeschäft für den Verkäufer natürlich giltig bleibt.

unter der conditio juris des Eintrittes eines Universalsuccessors, der mit seinem Antritte jenes Rechtsgeschäft ratihabiert[1]; und dazu sollte er nicht der persönlichen Fähigkeit bedürfen[2]? — Hiernach glauben wir diesen Fall so wie den folgenden behandeln zu müssen, obzwar zugegeben werden soll, dass er der einzige ist, der überhaupt einen Zweifel zulässt.

Entbehrt endlich der Erbe in Betreff einer Sache der Erwerbsfähigkeit überhaupt, u. z. aus dem Grunde der Eigenthumsunfähigkeit[3], so kann er auch durch Erbfolge unmöglich Eigenthümer derselben werden; und sofern das Veräusserungsgeschäft vom Dritten überhaupt, für die Erbschaft aber im Hinblick auf den Erblasser wenigstens vorläufig als giltig abgeschlossen erscheint, kann nicht geläugnet werden, dass hier der Antritt des Erben, dem das commercium fehlt, einen alterierenden Einfluss auf einen Rechtsact der Zwischenzeit ausübe: allerdings nicht auf die Giltigkeit des Rechtsactes, der den Singularerwerb bezweckt, auch nicht auf die Wirkung desselben in der Person des dritten Contrahenten, wohl aber auf die Wirkung für die Erbschaft bezw. den Erben. Und es darf nicht gesagt werden, die Erbschaft sei wirklich Eigenthümerin geworden, nur gehe ihr Eigenthum nicht auf den Erben über, bezw. derselbe müsse es wieder aufgeben; vielmehr ist zu sagen, der Eigenthumserwerb für die Erbschaft erweise sich aus der Person des nachherigen Erben als hinfällig[4]. Immerhin aber gehörte die Sache insoferne zur Erbschaft, als der Erbe auf ihren Werth Anspruch hat[5]; die Sache war also in einem Zustande rechtlicher Gebundenheit („universo hereditatis jure continetur"), welche ebenso die Rechte Dritter daran (z. B. Pfandrechte) wahrt, als für den Erben die Realisierung des Sachwerthes ermöglicht.

---

[1]) Oben II. S. 34 fg.

[2]) Oben II. S. 273 A. 1, 2. Vgl. l. 55 § 1 de leg. II.

[3]) Oben II. 270, S. 66 A. 3.

[4]) Oben II. S. 271 A. 1.

[5]) Oben II. S. 270 A. 5. Vgl. auch die oben cit. l. 22 de her. pet. (5, 3).

Für diese Auffassung fehlt es auch nicht an Analogien auf anderen Gebieten [1]). —

Die vorstehenden Ausführungen (§§ 54—58) dürften soviel ergeben haben, dass die Ansicht, dem Erbschaftsantritte sei die Fähigkeit eines alterierenden Einflusses auf rechtliche Vorgänge aus der Zeit der hereditas jacens abzusprechen, wohl nicht aufrecht zu halten sei. Diese Fähigkeit steht auch mit dem Julianischen Prinzip (l. 33 § 2. l. 34 de acq. r. d. 41, 1) keineswegs im Widerspruch; denn dieses Prinzip besagt nur, dass für die vorläufige Beurtheilung eines in jene Zwischenzeit fallenden Rechtsactes der bisherige Zustand — mit Rücksicht auf die Person des Erblassers — massgebend sei, ein Operieren mit der Person des Successors also vorläufig ausgeschlossen sei (l. 28 § 4 de stip. serv. 45, 3). Dieses Prinzip hindert nicht, dass hinterher aus der Person des Erben eine andere Beurtheilung Platz greife. Die ganze Schwierigkeit liegt nur in der Frage, in welchem Umfange eine nachträgliche Alterierung anzuerkennen sei.

---

[1]) So besteht die Eventualität, dass ein Erwerb für die Erbschaft als nicht eingetreten zu gelten hat, obwohl das Erwerbsgeschäft dem Dritten gegenüber giltig und aufrecht bleibt, auch dann, wenn sich für die Erbschaft kein Universalsuccessor findet (oben I. S. 187 fg., II. S. 22 fg., 34 fg.). Möglich ist ferner, dass der Erbe einen Erbschaftsgegenstand aus einem anderen Grunde nicht erwirbt: Vindicationslegat, Erbeinsetzung excepta re certa (oben II. S. 147 fg., S. 270 A. 4). Die erbrechtliche Indignität wirkt zwar für den Erben in der Regel universell, doch gibt es auch einen Fall der Ereption eines Erbschaftsstückes („fideicommissum tacitum", Stellen bei Vangerow II. § 565 A. I. A) 1; s. bes. l. 18 pr. de his quae ut indign. 34, 9). Die Incapacität bezieht sich zwar ebenfalls auf den ganzen Nachlass oder eine Quote desselben, trifft aber auch einen für die Erbschaft gemachten Singularerwerb (l. 55 § 2 de leg. II., s. oben I. S. 211 fg., II. S. 70 A. 1). — Ein Hauptfall alterierenden Einflusses aber ist der, dass ein Erbschaftssklave von einem Dritten zum Erben eingesetzt wurde, die Delation an ihn erfolgt ist, dem nachherigen Erben des verstorbenen Herrn aber die test. factio zur Ertheilung des jussus zum Antritte fehlt: oben II. S. 250 fg.

Wenn von Rückwirkung einer rechtlichen Thatsache die Rede geht, so verbindet sich damit allzu leicht die Vorstellung, es hätte dies zur Consequenz, dass mit dem Eintritte jener Thatsache alle in die Zwischenzeit fallenden rechtlichen Thatsachen insoweit eine andere Beurtheilung erfahren, als die Voraussetzungen dazu in der Person des späteren Subjectes fehlen. Dieser Punkt spielt insbesondere auch in Betreff der Erfüllung einer Bedingung eine Rolle, und gerade um jener Consequenz zu entgehen, haben sich Manche gegen die Rückwirkung erklärt [1]); einer ähnlichen Erscheinung begegnen wir in Betreff der Rückwirkung der Ratihabition bei der Geschäftsführung ohne Auftrag [2]).

Ein Hauptgrund dieser Erscheinung liegt u. E. darin, dass man den Begriff des Schwebeverhältnisses auf jene Fälle beschränkt, in welchen es bis zum Eintritte der entscheidenden Thatsache an einer bestimmten Regelung des Verhältnisses der Zwischenzeit fehlt, und erst mit dieser Thatsache offenbar wird, was in der Zwischenzeit bestanden hat. Wie aber oben ausgeführt wurde, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch dann ein Schwebeverhältnis bestehe, wenn eine bestimmte Regelung des Interimsverhältnisses für eine der Parteien vorliegt [3]). Und während in den Fällen der ersteren Art von einer nachträglichen Alterierung dessen, was sich in der Zwischenzeit ereignet hat, gar nicht gesprochen werden kann, ist in den Fällen der letzteren Art die begriffliche Möglichkeit solcher Alterierung gegeben; andrerseits ist aber auch klar, dass, sofern solche Interimsregelung hauptsächlich dem Zwecke dient, für den rechtlichen Verkehr in der Zwischenzeit einen sicheren Anhalt zu gewinnen, die Möglichkeit nachträglicher Alterierung in der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit eine Grenze finden muss.

---

[1]) Vgl. z. B. Windscheid Pand. I. § 91 A. 1. Vgl. aber z. B. in Betreff der bedingten Tradition l. 8 de R. C. (12, 1); l. 36 eod.

[2]) Vgl. einerseits Zimmermann stellvertr. neg. gest. S. 211 fg., andrerseits Mitteis Stellvertr. S. 239 fg., 253 fg., S. 264. Vgl. auch Pacchioni l. c. p. 557 fg. Zu den bekannten Stellen s. auch l. 16 § 1 de pig. (20, 1).

[3]) Zuletzt oben II. S. 217 A. 1.

Auf das Beispiel des peculium castrense wurde schon wiederholt hingewiesen [1]), und dasselbe ist für unseren Zweck gerade auch deswegen von Interesse, weil die Geschichte dieses Instituts den Uebergang von der ersteren Art des Pendenzverhältnisses zur letzteren Art aufweist. Eine ähnliche Entwickelung lässt sich eben auch in Betreff der hereditas jacens constatieren, wenn wir die Zeit vor Julian der Zeit nach diesem Juristen gegenüberstellen. Indem aber der Unterschied dieser beiden Epochen häufig in andere Momente verlegt wurde [2]), war damit auch die Basis für die Beantwortung der Frage, inwieferne dem Erbschaftsantritte ein alterierender Einfluss zukommen könne, verschoben; und indem man an die Annahme rückwirkender Kraft die alterierende Wirkung als begriffliche Consequenz knüpfte, kam man dazu, die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes überhaupt zu negieren oder auf das Niveau einer blossen Denkform herabzudrücken, womit der Auffassung des Rechtsverhältnisses der hereditas jacens der Boden entzogen war.

Die Regelung dieses Verhältnisses im Sinne von Julian, d. h. im Sinne der Pendenz mit vorläufiger Regelung der Eigenthumsfrage zu Gunsten der Erbschaft als Repräsentantin des Erblassers, bedingt u. E. für die uns beschäftigende Frage die Nothwendigkeit der Unterscheidung zwischen der durch einen Rechtsact der Zwischenzeit geschaffenen Rechtslage der dritten Partei, und der der Erbschaft bezw. des nachherigen Erben [3]).

In ersterer Richtung, wenn einmal die hereditas jacens als ein mit der Fähigkeit, in rechtlichen Verkehr zu treten, ausgestatteter Körper anerkannt ist, erheischt das Vertrauen in die Verkehrssicherheit, dass die für den Dritten durch ein gegenüber der hered. jac. giltig abgeschlossenes Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage von der persönlichen Eigenschaft des später eintretenden Erben unberührt bleibe, möchte sie auch gegenüber diesem Erben nicht oder nur beschränkt entstanden sein. Dies war zweifellos einer der Zwecke,

---

[1]) Zuletzt oben II. S. 220 fg.

[2]) Oben I. S. 75, 78, 81 A. 3, 86, 87 A. 2 fg.; dagegen II. S. 85.

[3]) Anders die Unterscheidung von Puchta, Scheurl u. A.: oben I. S. 71 zu A. 5, S. 72 A. 1, S. 88 A. 2; S. 75 fg.

welche zur Personificierung der Erbschaft führten [1]) und auf dem gleichen Gesichtspunkte beruht ja auch der Schutz desjenigen, der von einem vermeintlichen aber nicht wirklichen Erben einen Erbschaftsgegenstand erworben hat [2]). In den Quellen des römischen Rechts kommt dieser Gedanke am klarsten zum Ausdrucke in der bekannten Entscheidung von Paulus, dass der negotiorum gestor einer Erbschaft seinen vollen Ersatzanspruch behalte, mag auch der Erbe ein pupillus sein [3]). Deshalb muss dieser Erbe die volle Verpflichtung der Erbschaft übernehmen [4]), obwohl sie in seiner Person nur beschränkt (bis zur Bereicherung) hätte entstehen können [5]). Wie wenig darin ein Argument gegen die Rückwirkung des Erbschaftsantrittes [6]) und die Möglichkeit einer Alterierung früherer Rechtswirkungen erblickt werden kann, ergiebt sich gerade aus dem soeben vertretenen Gesichtspunkte [7]). Aehnlich so behalten dingliche Rechte, welche dritte Personen an Erbschaftssachen giltig erworben haben, ihre Wirksamkeit und bleiben daher solche Sachen auch dann belastet, wenn dem Erben

---

[1]) Oben II. S. 63 fg.

[2]) Für das österr. Recht: § 824 a. b. G. B.; für das röm. R. s. nur Arndts Pand. § 534.

[3]) L. 21 § 1 de neg. gest. (3, 5): s. oben I. S. 224 (II. S. 223 A. 5). Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 278, 335.

[4]) „— quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.“

[5]) Vgl. auch l. 3 § 3 (§§ 1, 2) quib. ex caus. (42, 4). Für das im Erbschaftsantritt des Pupillen liegende „contrahere“ ist die allgemeine Bedeutung von „contractus“ nach l. 20 de judic. (5, 1) zu vergleichen; s. auch Salkowski in Glück 49 S. 55 A. 92; Puntschart d. mod. Theorie S. 356 fg. (Oben I. S. 425, II. S. 30.)

[6]) Scheurl findet darin umgekehrt den Ausdruck für eine noch weiter gehende Rückwirkung: oben II. S. 223 A. 1, S. 139 A. 2.

[7]) Das österr. a. b. Ges. B. § 547 sagt: „Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten . .“ (dazu § 1462 eod.); und Zeiller Comment. III. S. 405 fügt hinzu: „nicht aber auch in Beziehung auf sein eigenes Rechtsverhältniss zum Erblasser § 802“. Damit denkt er allerdings nur an die durch die Rechtswohlthat des Inventars bewirkte Modification. Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 41.

das commercium derselben fehlt. Ebenso verhält es sich in Betreff der an Dritte giltig veräusserten Erbschaftssachen; und wäre die Veräusserung vom Delaten selbst ausgegangen, so haben wir oben [1]) die Convalescenz derselben durch den nachträglichen Erbschaftserwerb zu erweisen gesucht, ebenso wie [2]) die der juristischen Form des concreten Falles entsprechende Wirksamkeit der Uebertragung von Rechten des Delaten gegenüber der Erbschaft.

In letzterer Richtung dagegen kommt allerdings die eigene Persönlichkeit bezw. Rechtsfähigkeit des Erben zur Geltung; und wenn in derselben für den Eintritt in ein während der hereditas jacens begründetes Rechtsverhältnis nicht die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, muss der Antritt eines solchen Delaten auf das provisorisch für die Erbschaft giltig begründete Rechtsverhältnis nothwendig einen alterierenden Einfluss ausüben [3]). Der Grund davon liegt eben in dem Prinzip, welches am besten ausgedrückt ist in den Worten von Celsus:

„Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent."

---

[1]) II. S. 224 fg.
[2]) II. S. 229 fg.
[3]) II. S. 248 fg., 272 fg.

Anhang.

Pendenzverhältnisse, welche zum schwebenden Erbrecht in einer gewissen Beziehung stehen.

§ 59. Vorbemerkung.

Die Auffassung des Rechtsverhältnisses der hereditas jacens als eines Pendenzverhältnisses legt es ungemein nahe, gewisse andere Fälle unzweifelhafter Pendenz in's Auge zu fassen, in welchen von einer selbständigen juristischen Vermögenspersönlichkeit nicht die Rede sein kann und gleichwohl im Allgemeinen dieselben Ziele erreicht werden, welchen das Institut der hereditas jacens zu dienen bestimmt ist. Solche Rechtsverhältnisse gibt es mehrere, deren Aehnlichkeit mit dem uns beschäftigenden nie verborgen bleiben konnte, wie denn thatsächlich in verschiedenen Abhandlungen über die eine oder die andere dieser Materien auf einzelne solche Analogien hingewiesen wird, ohne dass freilich diese Vergleichung näher durchgeführt und für unsere Lehre fruchtbringend gemacht würde [1]). Von besonderer Bedeutung aber ist der Umstand, dass die Quellen selbst einzelne

[1]) S. Ihering Abhandl. S. 170 fg., Pass. Wirk. S. 197 fg. (191 fg.), 205 fg., 210 fg.; Scheurl Beitr. I. S. 25 fg.; Köppen de vi quam retro exerc. S. 7, 13, 49 fg., 57 fg.; Erbsch. S. 158 fg., Syst. I. S. 236 fg., Succ. Entst. S. 67 fg. (44 fg.), Lehrb. I. § 44; Kuntze Oblig. u. Sing. Succ. S. 379, 381, Institut. Cursus § 366, Ercurse ibid.; § 366, Excurse

dieser Pendenzverhältnisse mit dem Institut der hereditas jacens wiederholt in Parallele bringen: wie die Erbschaft mit anerkannten juristischen Personen und auch mit universitates anderer Art zusammengestellt, die Erbschaftssachen aber auch neben anderen Sachen unter den Begriff der res nullius gebracht werden[1]), ebenso finden wir die hereditas dem Vermögen des captivus und dem des nasciturus wiederholt an die Seite gestellt, das Vermögen des ersteren aber wieder mit dem peculium castrense in einen gewissen Vergleich gebracht[2]).

---

ibid.; Pernice Labeo I. S. 358 fg., bes. S. 375, 377 fg., 402; A. Schmidt d. Persönl. d. Sklaven S. 40 fg.; Bechmann jus postlim. S. 28 A. 1, S. 78 A. 1, S. 83 A. 2; Brinz Pand. 2. Aufl. III. § 364 A. 8 (IV. 1 § 537); Windscheid I. § 67 A. 3 (s. aber III. § 531 No. 2); Bekker Syst. I. §§ 18, 19, 25, 35, 42, 47, 59, 60. In den Abhandlungen über Pendenz und Rückziehung erscheint der Fall der hered. jacens ausgeschlossen; vgl. Fitting Rückziehung, Wächter schweb. Eigenth.; Eisele cond. jur.: Arch. f. civ. Pr. 54. Bd. S. 125 fg.; Karlowa Rechtsgeschäft S. 10 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 232 fg.; Salkowski Sklavenerwerb § 10.

[1]) S. oben I. S. 220; II. S. 93 fg.

[2]) Erbschaft, Vermögen des captivus: l. 11 pr. de pec. const. (13, 5), l. 4 de divers. temp. praescr. (44, 3), l. 73 § 1 de V. O. (45, 1), l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3), l. 25 eod., l. 11 §§ 2, 3 de acceptil. (46, 4); vgl. ll. 15, 16 de interr. (11, 1); l. 1 § 12 de S. C. Sil. (29, 5).

Erbschaft, Vermögen des nasciturus; § 2 J. de her. inst. (2, 14), l. 64 de her. inst. (28, 5).

Erbschaft, Vermögen des captivus, des nasciturus: l. 43 ad leg. Aquil. (9, 2), l. 7 famil. erc. (10, 2), l. 29 de captiv. (49, 15); vgl. auch l. 7 §§ 1, 2 quando dies leg. (36, 2).

Vermögen des nasciturus, des captivus: Ulpiani fragm. XXVI. 3, Paulus in coll. l. Mos. XVI. 3 § 7 (vgl. Bechmann jus postlim. S. 10. S. 20); l. 26 de statu hom. (1, 5); l. 3 de condict. indeb. (12, 6); l. 7 § 2 quando dies leg. (36, 2); l. 1 §§ 2—5 de B. P. contra tab. (37, 4), l. 5 § 4 unde legit. (38, 7), l. 2 pr. de Suis et legit. (38, 16), l. 2 § 7, § 30, l. 10 § 1 ad S. C. Tertull. (38, 17).

Vermögen des captivus, peculium castrense: l. 9, l. 19 § 3 de castr. pec. (49, 17); vgl. auch l. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2).

Im Folgenden soll nun einigen dieser Verhältnisse wenigstens insoweit eine Aufmerksamkeit gewidmet werden, als es für den Zweck unserer Arbeit von Interesse ist und vielleicht einigen Gewinn abwirft. Allerdings haben einzelne davon für das moderne Recht keinen unmittelbaren praktischen Werth mehr; aber die wissenschaftliche Bedeutung derselben als Vermittler juristischer Denkformen ist, wie schon oft betont wurde [1]), auch für das geltende Recht nicht zu unterschätzen.

§ 60. Rechtsverhältnis des captivus [2]).

Die in Betreff des Vermögens und der Familiengewalt des in Kriegsgefangenschaft gerathenen römischen Bürgers [3]) obwaltende Meinungsverschiedenheit der Schriftsteller ist erklärlich; denn einerseits steht fest, dass der captivus ein servus des Feindes wurde, daher weder dominium noch potestas haben konnte [4]); andrerseits bewirkt das jus postliminii eine Wiederherstellung der Vermögens- wie Familienrechte zu Gunsten des aus der Gefangenschaft Zurückgekehrten, bezw. die lex Cornelia

---

[1]) Fitting Rückziehung S. 3, castr. pec. S. VI.; Hofmann krit. Stud. Vorwort; Salkowski Sklavenerwerb S. VIII.; J. Pfaff libert. orcin. S. 1. Oben I. S. 161; S. 311 A. 3.

[2]) Hase d. jus postlim. und die fictio leg. Cornel. (1851); Bechmann d. jus postlim. und die l. Cornelia (1872); Karlowa röm. Rechtsgesch. II. § 8.

[3]) Von anderen Anwendungen des jus postlim. sei vorläufig abgesehen.

[4]) Gaius I. 129, Ulp. fr. X. 4, § 5 J. quib. mod. jus (1, 12), § 5 J. quib. non est p. (2, 12); andere Stellen bei Bechmann a. a. O. S. 3 fg. Darüber, dass die Kriegsgefangenschaft keine justa servitus bewirkte: eod. S. 2 A. 2, S. 10 A. 1, S. 20 A. 1. S. auch Buhl Salv. Julianus I. S. 252 zu A. 1. Nach Voigt d. XII Tafeln I. S. 287 „spricht das ältere röm. Recht nicht den Satz aus, dass der — bei dem Feinde kriegsgefangene röm. Bürger cap. dem. magna erleide und insbesondere Sklave des Feindes werde“; er betont (eod. S. 285), dass „cap. dem. magna und postliminium einander ausschliessen.“ Die vom Peregrinenstaat verhängte Sklaverei sei eine servitus non justa (eod. S. 289).

den Uebergang der Vermögensrechte auf die Erben des in der Gefangenschaft Verstorbenen und die Eigenberechtigung seiner Familienglieder. Erfolgt beides mit rückwirkender Kraft, dann haben wir es mit einem Pendenzverhältnis zu thun [1]).

a) Was die Zeit der Gefangenschaft betrifft, so scheint kein Zweifel darüber möglich, dass die Person des Kriegsgefangenen nicht als Subject seiner bisherigen Rechtsverhältnisse gedacht werden könne, da er eben ein servus hostium ist; aber auch von einer selbständigen juristischen Persönlichkeit scheint nicht einmal in Ansehung des zurückgelassenen Vermögens gesprochen werden zu können [2]) — in Ansehung der potestas über die Familienglieder fehlt es ohnehin an jedem Substrat dazu.

Hase allerdings wollte das Vermögen des Gefangenen ebenso personificieren wie die hereditas jacens [3]). Wenn aber dies

---

[1]) In Betreff des jus postliminii vgl. Gaius l. cit., Ulpian fr. l. cit. und XXIII. 5. Paul. r. s. II. 25 § 1, III. 4[a] § 8; § 5 J. cit.; l. 5 § 1, l. 12 § 1, § 5 i. f., § 6, l, 16, l. 22 § 2 de capt. (49, 15), l. 6 § 4 de tutel. (26, 1); vgl. auch l. 1 § 17 de collat. (37, 6); l. 6 §§ 1, 2 de statulib. (40, 7).

In Betreff der lex Cornelia vgl. die cit. Stellen aus Gaius, Ulpian, Paulus und den Institut.; l. 1, l. 10 pr., l. 11 pr., l. 12 § 1, l. 18, l. 22 pr. §§ 1, 2 de capt. (49, 15), l. 14 pr. de castr. pec. (49, 17); l. 12 qui testam. fac. (28, 1), l. 15 de injusto (28, 3), l. 28, l. 29 de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 39 de test. mil. (29, 1), l. 1 § 1, l. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2), l. 4 § 1 de bon. libert. (38, 2), l. 1 pr., l. 15 de Suis et leg. (38, 16), l. 15 pr., l. 44 § 7 de usurp. (41, 3), l. 10 pr. sol. matrim. (24, 3), c. 1 C. de postlim. revers. (8, 51). — Ueber die ältere Controverse betr. den Zeitpunkt, in welchem der Haussohn des in der Kriegsgefangenschaft verstorbenen Hausvaters die Eigenberechtigung erlangt habe: Gaius I. 129, später entschieden im Sinne der Rückwirkung: § 5 J. cit. 1, 12.

[2]) Vgl. Köppen Erbsch. S. 160.

[3]) A. a. O. S. 110 (im Hinblick auf l. 43 pr. ad leg. Aquil. 9. 2): ‚Mit der Gefangenschaft verschwindet die körperliche Persönlichkeit des Bürgers, die juristische Persönlichkeit lebt in seinen Gütern fort, wie die Person des verstorbenen Erblassers in der hereditas jacens.‘ S. 111: ‚Durch postliminium wird er wieder zum Inhaber dieser juristischen Persönlichkeit . . .‘ Vgl. aber Ihering Abhandl. S. 198 fg., Pass. Wirk. S. 211

noch für den Fall möglich wäre, dass der Gefangene in der Gefangenschaft stirbt, und sein Vermögen daher als Nachlass zu behandeln ist — vorausgesetzt, dass dasselbe im Sinne der lex Cornelia auch für die Zeit der Gefangenschaft als Nachlass zu behandeln ist —, so scheitert dieser Gedanke für den Fall, dass der Gefangene in seine Heimath zurückkehrt, daran, dass er jetzt selbst rückwärts als Subject des Vermögens erscheint, dieses also nicht gleichzeitig das Subject in sich selbst tragen kann. Jene Auffassung ist aber auch für den ersteren Fall dann unmöglich, wenn man überhaupt der hereditas jacens die juristische Persönlichkeit abspricht. Dem vorigen Einwand wäre scheinbar durch Hase's Ansicht begegnet, dass der Gefangene auch während seiner Gefangenschaft als in seiner Heimath anwesend zu fingieren sei; aber diese Fiction ist vorerst unmöglich, sie tritt erst mit seiner Rückkehr, also ex post ein [1]).

Nach Köppen sollen die Rechtsverhältnisse des Gefangenen auch während seiner Gefangenschaft fortbestehen, aber als subjectlose; allerdings nicht allgemein, sofern beim Tode in der Gefangenschaft nur die vererblichen Rechte des Gefangenen auf die Erben übergehen, während die väterliche Gewalt über die Hauskinder nachträglich als im Momente der Gefangennehmung untergegangen zu betrachten sei; so dass also nur erstere unbedingt fortdauern, letztere nur bedingt für den Fall der Rückkehr des Gefangenen. Er beruft sich auf l. 18 § 2 de stip. serv., insbes. auf l. 12 § 1 de captiv.: „quia hi (sc. servi captivi) bonorum fuerunt et esse perseverant“ [2]). — So charakteristisch aber diess Worte in anderer Beziehung sind, wollen sie zunächst doch nur den Gegensatz zwischen Sklaven und Haussohn ausdrücken, der durch den Tod des Vaters rückwärts sui juris geworden sei. Für die Theorie der Subjectlosigkeit beweisen sie

---

A. 33. Mommsen Festgabe für Beseler S. 256 fg. meint, dass mit der Gefangenschaft überhaupt nur thatsächlich, nicht auch rechtlich die Freiheit verloren gehe, letzteres erst dann, wenn der nachfolgende Friedensschluss die Rückgabe der Gefangenen ausschliesst.

[1]) Vgl. Ihering Abh. S. 156 fg., 166, 198, Pass. Wirk. S. 199 fg.

[2]) Erbschaft S. 160—164; Syst. I. S. 236 A. 17, S. 238 A. 75.

nicht mehr als die in Betreff der hereditas jacens angerufene l. 36 de stip. serv. [1]).

Ihering hatte noch in seinen „Abhandlungen“ die Rechtsverhältnisse des Gefangenen untergehen, mit seiner Rückkehr bezw. mit seinem Tode in der Gefangenschaft aber wieder aufleben lassen [2]). In seiner Theorie der „passiven Wirkungen d. R.“ lässt er sie als solche zwar ebenfalls mit der Gefangennehmung untergehen, aber die passive Seite derselben ohne die active fortbestehen, im Sinne der der Bestimmung des Rechtsobjects für das künftige Subject entsprechenden Gebundenheit desselben [3]). Zwar die römische Jurisprudenz habe diese Idee nicht wissenschaftlich ausgebildet, sonst hätte sie nicht Noth gehabt, zur Idee der rückwirkenden Kraft zu greifen; „vermöge des zweifellos zu den ältesten Rechtstraditionen gehörigen jus postliminii“ wurde zur Begründung der ungeachtet des eingetretenen Unterganges der Rechte stattfindenden Uebertragung derselben auf den Erben oder den zurückgekehrten Gefangenen das Subject für die Zwischenzeit rückwärts nachgeliefert, wie bei der hereditas jacens. Damit war wohl die Rechtscontinuität gewahrt, auch das Bestimmungsverhältnis zum Ausdruck gebracht; aber die Behandlung war eine künstliche, entfernte sich von der Wahrheit und konnte weder dem praktischen noch dem wissenschaftlichen Bedürfnisse genügen. Während man aber bei der hereditas jacens zur Personification griff, womit die schon aufgedämmerte Idee der passiven Gebundenheit (l. 36 de stip. serv., l. 12 § 1 de captiv.) verdrängt wurde, habe in Betreff des captivus der Gesichtspunkt der Suspension, der Pendenz, als eines Zustandes des „Wartens“, das Feld behauptet. Derselbe konnte freilich nur zur theoretischen Rechtfertigung der Fortdauer der Rechtsverhältnisse genügen, war nur für eine ganz kurze Dauer der Gefangenschaft erträglich, denn er bedingte einen Zustand der „Erstarrung“ aller Verhältnisse; deshalb habe man sich in spä-

---

[1]) S. oben I. S. 49 A. 5, S. 51 A. 6, S. 165, 284; II. S. 3 A. 1.

[2]) A. a. O. S. 184, 198; bes. unter Berufung auf l. 5 pr. ut legat. (36, 3): oben I. S. 238.

[3]) Ueber diese Theorie s. oben I. S. 50 fg. (79 fg., 104), II. S. 2.

terer Zeit zu verschiedenen Veränderungen veranlasst gesehen, berechnet auf eine längere Dauer der Gefangenschaft [1]).

Also für Ihering ist das Rechtsverhältnis des captivus wenigstens im Sinne der römischen Jurisprudenz ein Pendenzverhältnis [2]), u. z. schon in der älteren Zeit.

Bechmann in seiner gediegenen Monografie bringt den Gesichtspunkt der Pendenz zwar mit Entschiedenheit, aber nur für die spätere Gestaltung des Rechtsverhältnisses zur Geltung. Nach ihm gehört die Fiction der Rückwirkung beim postliminium erst dem classischen röm. Rechte an; die ältere Bedeutung desselben sei nur die gewesen, dass der zurückkehrende Gefangene ohne Weiteres in seine frühere rechtliche Stellung eintrat („in suam causam recidit", l. 6 de capt.). Seine Rechtsverhältnisse seien durch die Gefangenschaft untergegangen, sie leben aber mit seiner Rückkehr wieder auf, soweit sie nicht inzwischen aus anderen Gründen aufhörten. Damit sei die Sklaverei zunächst für die Zukunft unschädlich gemacht. Ja es könne angenommen werden, dass ganz ursprünglich sogar die untergegangenen Rechtsverhältnisse nicht wieder auflebten, sondern durch das postliminium nur die Möglichkeit, sie neu zu begründen, gegeben war, dass sich aber allmählig eine weitergehende Wir-

---

[1]) A. a. O. S. 197—219; 191 fg.

[2]) Auffallend ist, dass Ihering an den Gesichtspunkt des „Wartens" (in suspenso, in pendenti) an sich einen Zustand voller Lebensfähigkeit (S. 208), bei den Römern aber einen Zustand der „Erstarrung" (S. 212) knüpft. — Was von den späteren Neuerungen die Aufstellung eines Curators für das Vermögen des Gefangenen betrifft (ausser der von Ihering S. 218 cit. l. 1 § 4 de mun. 50, 4 s. auch l. 6 § 4 de tut. 26, 1 — dazu Bechmann a. a. O. S. 27, 41 fg. —; l. 7 § 1 de tut. et rat. 27, 3, l. 15 pr. ex quib. caus. 4, 6; l. 22 § 1 de reb. auct. 42, 5, l. 6 § 2 quib. ex caus. 42, 4), so ist damit, wie Ihering a. a. O. betont, die Möglichkeit der Anstellung von Klagen gegeben (zu den von Ihering a. a. O. cit. l. 4 de divers. temp. praescr. 44, 3 und l. 25 de stip. serv. 45, 3 s. oben I. S. 190). Ihering meint nun, es handle sich hierbei auch nicht um Geltendmachung eines subjectlosen, sondern um anticipierte Geltendmachung eines künftigen Rechtes; wir meinen aber: um Geltendmachung eines pendenten Rechtes. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 61 fg.; S. 42. Karlowa röm. R. G. II. 1 S. 123 zu A. 5.

kung des postlim. entwickelt habe. Aber die Fiction der Rückwirkung und die Auffassung des Rechtsverhältnisses als eines „Pendenzverhältnisses“ gehöre erst der classischen Zeit an; die ältere Jurisprudenz habe nur mit dem Gesichtspunkt des „Interimszustandes“ operiert, der durch postliminium nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit aufgehoben werde [1]).

Den Beweis hiefür findet B. hauptsächlich darin, das der Gefangene als ein servus hostium bezeichnet, dass von Untergang seiner Rechtsverhältnisse gesprochen und dass die Wirkung des postliminium als blosses restitui, recuperare pristinum statum, jus, jura charakterisiert werde. Aber solche Wendungen begegnen doch auch bei späteren römischen Juristen und schliessen den Gedanken an Rückwirkung nicht aus [2]). Als Sklave ferner erscheint der Kriegsgefangene sicher auch im späteren Rechte, nur wird er nach seiner Rückkehr im Allgemeinen rechtlich so behandelt, wie wenn er nie Sklave geworden wäre. Er konnte also zwar während seiner Gefangenschaft nicht Rechtsacte mit Wirksamkeit setzen, z. B. ein Testament errichten [3]); auch sind von seinen früheren Rechtsverhältnissen einzelne definitiv untergegangen (Besitz, Tutel, selbst Ehe) [4]); hinsichtlich der übrigen aber kommt die Möglichkeit der Rückkehr in Betracht und von definitivem Untergang derselben konnte vor der lex Cornelia erst mit dem Tode in der Gefangenschaft gesprochen werden. Was wäre auch die Consequenz des Unterganges aller Rechtsverhältnisse gewesen? Fassen wir z. B. das Eigenthum des Gefangenen in's Auge. Nach B. wäre dasselbe ursprünglich mit der Gefangenschaft

---

[1]) A. a. O. S. 2 fg., 6 fg., 13 fg. und promiscue. Vgl. dazu Brinz in der krit. Vierteljahresschr. XVI. S. 117 fg.

[2]) Vgl. z. B. Ulpian in l. 6 § 4 de tutel.(26, 1): „— recidit (sc. filius) in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset“. S. auch andere der oben (II. S. 287 A. 1) cit. Stellen.

[3]) Stellen bei Bechmann a. a. O. S. 4 und A. 1, dazu l. 8 pr. qui test. fac. (28, 1), l. 1 § 1 ad leg. Falc. (35, 2); Karlowa a. a. O. S. 123.

[4]) S. Bechmann a. a. O. S. 4 fg., 26 fg., 41 fg., 44 fg., 53 fg., 94; Karlowa a. a. O. S. 120 fg.

untergegangen und das postliminium hätte es nicht rückwärts wieder in's Leben gerufen — obwohl sich dies gerade für das Eigenthum aus den Quellen nicht erweisen lasse —; die Sachen des Gefangenen wären also herrenlos geworden, aber diese Herrenlosigkeit und das auf Grund derselben durch Occupation erworbene Eigenthum des Dritten wäre nur „interimistisch" gewesen, sofern das frühere (?) Eigenthum postliminio wieder aufleben konnte, womit auch die vom Zwischeneigenthümer getroffenen Verfügungen ex nunc zusammenfielen [1]). Nun ist allerdings die Occupation der herrenlos gewordenen Sache kein von der Gefangenschaft rechtlich unabhängiger Erwerbsgrund, wie z. B. die Ersitzung, auf welche sich nach B. das postliminium nicht erstreckt [2]) — vorausgesetzt, dass eine solche möglich wäre [3]) —; gleichwohl ist schwer einzusehen, wie das postliminium ohne rückwirkende Kraft den rechtlich vor sich gegangenen Eigenthumserwerb durch Occupation der herrenlosen Sache tangieren soll [4]) — ganz abgesehen davon, dass das Wiederaufleben des Eigenthums ex nunc für den Gefangenen wohl in vielen Fällen nutzlos wäre [5]) [6]). —

Aehnlich soll es sich mit den Schuldverhältnissen des Gefangenen verhalten haben: ursprünglich wären sie untergegangen, aber nicht definitiv, sondern mit dem Keim des Wiederauflebens — „objective Gebundenheit" —; seit der Rückwirkung des postliminium: Fortexistenz derselben, aber als ob-

---

[1]) A. a. O. S. 57 fg. — Vgl. über ähnliche Ansichten für die hereditas jacens: oben I. S. 13 fg., 78 fg., 81 A. 1, 137 fg., II. S. 6 A. 1, S. 88.

[2]) A. a. O. S. 54 fg. (Vgl. S. 13, 61, 79.)

[3]) S. oben I. S. 15.

[4]) Vgl. oben I. S. 130, 133.

[5]) Oben I. S. 289.

[6]) Nach B. beständen, wenn das postliminium erst später rückwirkende Kraft erhielt, dies aber noch vor der lex Cornelia geschah (was er bezweifelt), und wenn die Erbfolge aus der lex Cornelia auch erst später auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung zurückdatiert wurde (s. hierüber unten), — in Betreff des Eigenthums des captivus vier Entwickelungsstadien (a. a. O. S. 57 fg.), ja eigentlich, wenn der Eigenthumsuntergang ursprünglich ein definitiver gewesen wäre (s. a. a. O. S. 13 i. f.), fünf Stadien.

jectiv ungewiss; seit der lex Cornelia als vollkommen entschieden, ungewiss nur hinsichtlich der Person des Schuldners [1]). Soll aber die wiederauflebende Schuld als die alte, oder als eine neue gedacht werden? Ersteres scheint mit der „objectiven Gebundenheit“ (vgl. Ihering's „passive Wirkung“) nicht gemeint, ohne Rückwirkung auch kaum möglich zu sein, Letzteres begegnet anderen Schwierigkeiten. — Auch die väterliche Gewalt des Gefangenen wäre untergegangen, der Haussohn also sui juris geworden, aber nur „interimistisch“, mit der Rückkehr des Vaters wäre er „von nun an“ wieder unter die väterliche Gewalt gefallen [2]). B. schliesst dies aus der Fähigkeit des Sohnes zur Eheschliessung, während die Ehe den Zustand der Schwebe nicht vertrage [3]). Aber jene Fähigkeit ist auch für das classische Recht bezeugt, welches ein Pendenzverhältnis annehmen soll; auch wird jene Fähigkeit in den einschlägigen Stellen anders zu begründen gesucht [4]). Ueberdies soll auch nach B. jene interimistische Behandlung insofern eine Inconsequenz enthalten haben, „als nach der dem Postliminium zu Grunde liegenden Vorstellung der Gefangene in sein altes Haus zurückkehrt, während er da, wo die Söhne inzwischen als gewaltfrei gegolten haben, vielmehr durch seine Rückkehr ein neues Haus gründet, welches die inzwischen entstandenen Häuser der Söhne an sich zieht und absorbirt“ [5]). Diese Erwägung scheint uns doch eher dahin zu führen, dem Wiederaufleben der väterlichen Gewalt rückwirkende Kraft beizulegen; die Quellen sagen denn auch bald, die patria potestas habe aufgehört, bald, sie sei in der Schwebe [6]) [7]).

---

[1]) A. a. O. S. 62 fg.

[2]) A. a. O. S. 15 fg. (5, 14).

[3]) A. a. O. S. 16.

[4]) Bechmann a. a. O. S. 17 fg. über l. 12 § 3 de capt. (49, 15), l. 9 § 1, l. 11 de ritu nupt. (23, 2). Dazu vgl. auch l. 7 § 1 de spons. (23, 1), l. 2 de ritu nupt. — S. auch Buhl a. a. O. S. 260, Karlowa a. a. O. S. 121 fg.

[5]) A. a. O. S. 23.

[6]) Stellen s. unten.

[7]) In Betreff der Erbrechtsverhältnisse s. Bechmann a. a. O. S. 4, 26, 36 fg., 72 fg., 92 fg.; speziell in Betreff der Ruption des Testamentes

Pernice steht beiläufig auf dem soeben skizzierten Standpunkte: die ursprüngliche Bedeutung des postliminium sei nur die gewesen, dass mit der Rückkehr des Gefangenen alles wieder in den alten Stand komme. Wegen der Möglichkeit dieser Rückkehr habe über das zurückgelassene Vermögen nicht sofort und endgiltig verfügt werden können; es habe ein Zustand der Ungewissheit, der Schwebe bestanden, ähnlich dem der hereditas jacens. In Betreff der Construction habe die ältere Jurisprudenz kein Hilfsmittel gehabt, sie betrachtete das Vermögen des Gefangenen wie das eines Verstorbenen als herrenlos (l. 18 (19) § 5 de neg. gest.), was sich auch in der rechtlichen Behandlung desselben zeige [1]). Die spätère Jurisprudenz hingegen operiere mit der Fiction der Rückziehung, als einem Correlat der fictio legis Corneliae, einer aus den Bestimmungen der letzteren gemachten Abstraction; allgemein aber sei auch sie nicht durchgeführt worden [2]).

Hiernach hätten wir beim Vermögen des captivus der älteren Zeit — wie das auch für die hereditas jacens angenommen wurde — einen Zustand der Herrenlosigkeit, aber nicht der Rechtlosigkeit, ein Schwebeverhältnis, aber ohne spätere Rückwirkung. Wie soll aber dieser Zustand juristisch qualificiert werden? Dass die alten Rechtsverhältnisse des Gefangenen ganz untergegangen wären, mit der Rückkehr desselben ex nunc wiederaufleben würden, dass also die Zwischenzeit als ein „vacuum tempus" zu betrachten wäre, scheint doch nicht gemeint zu sein, denn es

---

durch Nachgeburt: S. 37 fg.. 76, 92 fg. Ferner Buhl a. a. O, S. 266 fg. — In l. 10 de injusto (28, 3) versteht Bechmann das „ut Sabinus existimavit" dahin, dass dieser Jurist das Testament rumpiert werden liess, also dem postliminium noch nicht rückwirkende Kraft beigelegt habe; ebenso Pernice Labeo I. S. 378 fg. A. 84. Sollten sich aber jene Worte nicht vielmehr als eine Berufung auf Sabinus verstehen lassen?

[1]) So wegen Diebstahls, Sachbeschädigung; so in Betreff der Ruption des Testamentes, der Behandlung von Besitz, Usucapion.

[2]) Pernice Labeo I. S. 375—380, 398—402. Vgl. dazu die Ausführungen über die hereditas jacens: eod. S. 358 fg. (oben I. S. 81 fg. A. 2).

wird von einer „Schwebe“ gesprochen (Ihering, Bechmann: „objective Gebundenheit“). Javolen aber sagt geradezu: „In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo jura rerum suarum singulare jus est; corporaliter tamen possessionem amittunt . .“ [1]). Der Begriff des postliminium [2]) wird noch von Paulus [3]) so definiert, wie er nur der alten Zeit eigenthümlich gewesen sein soll [4]); umgekehrt verbindet Julian [5]) und Pomponius [6]) mit demselben die Rückwirkung ebenso wie Ulpian [7]). Als res nullius, sine domino werden die vom Gefangenen zurückgelassenen Sachen auch von Ulpian und Paulus [8]) geradeso bezeichnet, wie diese Ausdrücke für die Erbschaftssachen von den älteren wie von neueren römischen Juristen gebraucht werden [9]).

Daher möchte uns bedünken, dass es mit der historischen Entwickelung hier wie dort dieselbe Bewandtnis habe: dass nämlich nicht so sehr das Grundwesen des Instituts sich im Laufe der Zeit geändert habe, als vielmehr der juristische Ausdruck dafür erst allmählig zum Durchbruch gekommen sei. Sonst ist man gezwungen, manche Stellen von älteren oder jüngeren Juristen künstlich zu interpretieren, Interpolationen zu vermuthen,

---

[1]) L. 23 § 1 de acquir. poss. (41, 2); unmittelbar vorher ist von der hereditas die Rede.

[2]) Vgl. zu den folgenden Stellen: Hase a. a. O. S. 8 fg., 15 fg., 41 fg.

[3]) L. 19 pr. de capt. (49, 15). Vgl. auch Pomponius l. 5 eod., Tryphonin l. 12 pr. eod.; § 5 J. quib. mod. (1, 12). Bechmann a. a. O. S. 9.

[4]) In Betreff der Stelle von Aelius Gallus bei Festus v. postlim. und verschiedener Stellen aus Cicero s. Pernice Labeo I. S. 375 A. 50; Karlowa a. a. O. S. 115 fg.

[5]) L. 22 § 1 fg. de capt.; Buhl a. a. O. S. 259, 261, 263 fg.

[6]) L. 5 § 1 de capt. S. aber Bechmann a. a. O. S. 11.

[7]) L. 16 de capt.; ebenso § 5 J. cit. Dagegen Bechmann a. a. O. S. 11 fg.

[8]) L. 11 pr. de pec. const. (13, 5); l. 18 (19) § 5 de neg. gest. (3, 5).

[9]) Oben I. S. 7 fg.; 283, 285; II. S. 88 fg.

oder den Verfassern Unsicherheit zu imputieren, wie dies namentlich in Betreff der hereditas jacens geschah [1]). —

Während so die Fiction der Rückziehung beim jus postliminii nach Ihering u. A. [2]) schon dem alten Rechte eigenthümlich war, u. z. als Ergänzung des Prinzips der Herrenlosigkeit, würde sie nach Bechmann und Pernice erst dem neueren Rechte angehören. In neuester Zeit kommt wieder die erstere Ansicht mehrfach zur Geltung.

So nimmt Buhl auch für das ältere Recht an, dass der Heimgekehrte im Allgemeinen so behandelt wurde, als wäre er nie in Feindesland gerathen, als hätte er nie eine Störung seiner Rechtsverhältnisse erlitten; dass die Rücksicht auf diese spes revertendi einen Zustand der Schwebe zur Folge hatte, der dauerte, bis entweder der Gefangene zurückkehrte, oder bis, namentlich durch den Tod in der Gefangenschaft, feststand, dass es zur Anwendung dieser Rechtswohlthat nicht kommen würde [3]).

Ebenso Karlowa: „Das postliminium redire stellt sich — als der contrarius actus dar, wodurch die Wirkung des Geratens in die potestas der Feinde wieder aufgehoben wird. — Insofern enthält das postliminium allerdings keine wahre durch das positive Recht aufgestellte Fiction, aber es ist nicht zu verkennen, dass die Römer sich, und wohl von jeher, jene Wiederauflösung der durch die Gefangennehmung bewirkten Sklaverei in der Gestalt der Fiktion, dass der Betreffende nie in die potestas der Feinde geraten sei, vorgestellt haben“ [4]).

---

[1]) Oben I. S. 278 fg.

[2]) Vgl. Hase a. a. O. S. 5, 15 fg.; Brinz Pand. 2. Aufl. IV. § 537 a, α.

[3]) Salvius Julianus I. S. 253 u. A. 4.

[4]) Röm. Rechtsgeschichte II. 1. S. 117. In A. 1 bemerkt er gegen Voigt, Walter, Bechmann, Pernice: „Meines Erachtens folgt die Rückwirkung, soweit sie überhaupt praktisch durchgeführt worden, aus der Grundidee des postliminium reverti als eines contrarius actus. Die feinere theoretische Durchbildung und Begrenzung dieser Grundidee, die Anwendung auf das ausgebildete Rechtssystem, gehört allerdings erst der spätern Jurisprudenz an.“

b) Für den Fall des Todes in der Gefangenschaft geht die gewöhnliche Ansicht dahin, dass die lex Cornelia, deren Alter sich nicht genau bestimmen lässt [1]), verfügt habe, der in der Gefangenschaft Verstorbene sei so zu behandeln, wie wenn er im Augenblicke der Gefangennehmung gestorben wäre [2]). Dieser Ansicht tritt Bechmann entgegen: eine solche Rückdatierung des Todes gehöre erst der späteren Jurisprudenz an; Inhalt der lex Cornelia sei nur der gewesen, dass der Verstorbene so zu behandeln sei, wie wenn er nicht in die Gefangenschaft gerathen wäre. Auch habe dieses Gesetz nicht bestimmt, dass der Verstorbene in aller und jeder Beziehung so zu behandeln sei, wie wenn er nicht in Gefangenschaft gerathen wäre; vielmehr habe sich dasselbe nur auf die Erbfolge aus Testament oder Gesetz und letztwillig angeordnete Vormundschaften bezogen; man wollte damit das Resultat erreichen, welches dem Grundsatze entspricht, dass nur römische Bürger beerbt werden können [3]). Aehnlich so Buhl [4]), vielleicht auch Karlowa [5]).

Nun drücken sich allerdings verschiedene Stellen dahin aus, dass der in der Gefangenschaft Verstorbene so behandelt werde, wie wenn er nicht in Gefangenschaft gerathen wäre, wie wenn er in seiner Heimath gestorben wäre [6]); andere Stellen aber

---

[1]) Sie wird gewöhnlich in die Zeit Sulla's verlegt. Vgl. Hase a. a. O. S. 192 fg.; Fitting Rückzieh. S. 8; Bechmann a. a. O. S. 84 (S. 56); Buhl a. a. O. S. 254; Karlowa a. a. O. S. 124.

[2]) Vgl. Puchta Instit. II. § 220 A. h; Rudorff röm. R. Gesch. I. S. 92; Ihering Geist III. 1 (3. Aufl.) S. 296; Kuntze Instit. Curs. § 366, s. aber auch d. Excurse dazu; ferner Oblig. u. Sing. Succ. S. 377, 379 (Berger krit. Stud. S. 79 fg.); Hase a. a. O. S. 190 fg.; Fitting Rückzieh. S. 8; 49 fg.; Brinz 2. Aufl. IV. § 537 a, β.

[3]) A. a. O. S. 84—87. (S. 23, 56 fg., 63.)

[4]) A. a. O. S. 255 fg.

[5]) A. a. O. S. 124 fg. Er bezeichnet zwar auch die Wegfingierung der Gefangenschaft als Inhalt der lex Cornelia, sagt aber dann, dieselbe hätte für die Erbfolge die Rückdatierung des Todes angeordnet, was später auch auf andere Rechtsverhältnisse ausgedehnt worden sei.

[6]) S. oben II. S. 287 A. 5; Bechmann a. a. O. S. 85 fg., Buhl a. a. O. S. 257. — Vgl. eine ähnliche Fiction in l. 84 § 10 de leg. I.: „— perinde habetur (sc. serva fugitiva), ac si in eo fundo fuisset moriente patre familias".

sprechen ausdrücklich von einer Rückdatierung seines Todes [1]), oder sagen, der Haussohn des Gefangenen sei schon im Augenblicke der Gefangennehmung des Vaters sui juris geworden [2]). Wenn nun die lex Cornelia nur die erstere Fiction, u. z. nur für die Erbfolge aufgestellt hat, dann entstehen verschiedene Zweifel. Hiernach hätten die Vermögensverhältnisse des Gefangenen als bis zum Zeitpunkte seines wirklichen Todes fortdauernd betrachtet werden müssen [3]), während seine Familienverhältnisse nach dem Standpunkt der älteren Jurisprudenz schon mit seiner Gefangennehmung aufgelöst sein sollen [4]). Diese Schwierigkeit betont Bechmann selbst in Betreff der Intestaterbfolge, sofern nach jenem Standpunkt im Augenblicke des natürlichen Todes keine Intestaterben vorhanden wären; er meint aber, die ältere Jurisprudenz habe sich entweder damit beholfen, auch die Auflösung der väterlichen Gewalt des Gefangenen und der Agnation auf den Zeitpunkt des natürlichen Todes zu verlegen (arg. Gaius I. 129), oder damit, die Delation ungeachtet der schon früher

---

[1]) L. 10 pr. de capt. (49, 15) v. Papinian, l. 18 eod. v. Ulpian (vgl. auch l. 1 eod. v. Marcellus), l. 39 de test. mil. (29, 1) v. Paulus, l. 44 § 7 de usurp. (41, 3) v. Papinian, c. 1 i. f. C. de postlim. (8, 51).

[2]) § 5 J. quib. mod. (1, 12); l. 11 pr., l. 12 § 1, l. 22 § 2 de captiv.; l. 15 de Suis et legit. (38, 16), l. 12 qui test. fac. (28, 1), l. 39 de test. mil. (29, 1).

[3]) Bechmann freilich nimmt als Folge der lex Cornelia nur an, dass die Sache des Gefangenen während der Gefangenschaft herrenlos und nur insoferne ‚gebunden' war, als sie die Möglichkeit in sich trug, aus diesem Zustand in den einer res hereditaria überzugehen (a. a. O. S. 56). Aber dies wäre nur denkbar, wenn und solange das postliminium keine rückwirkende Kraft hatte. Letztere soll nach B. nicht älter sein als die lex Cornelia, die selbst keine Rückwirkung statuiere (S. 57). Unter dieser Voraussetzung würde aber die Sache doch immer dem Gefangenen gehört haben, mochte er zurückkehren oder als Gefangener sterben. B. aber erklärt sie dennoch als herrenlos und occupationsfähig und meint nur, das Eigenthum des Occupanten wäre gegenüber dem Gefangenen ein schwebendes, gegenüber dem Erben des Gefangenen ein interimistisches gewesen (S. 58).

[4]) So nämlich nach Bechmann von seinem Standpunkt, dass das postlim. anfänglich keine rückwirkende Kraft hatte: s. oben II. S. 293.

erfolgten Auflösung der väterlichen Gewalt zuzulassen (arg. Julianus in l. 12 qui test. fac. 28, 1; vgl. l. 4 § 1 de bon. libert. 38, 2); sofern aber beide Methoden praktische Unzukömmlichkeiten bei der Testamentserbfolge haben konnten und an sich formell disharmonisch und gewaltsam waren, habe man den Erbfall nicht an den natürlichen Tod, sodern an den Eintritt der Getangenschaft (als eines rechtlichen Todes) angeknüpft; u. z. nun allgemein, in familien- und erbrechtlicher Beziehung („in omnibus partibus juris", Ulpian l. 18 de capt.); nicht aber sei auch das Datum des natürlichen Todes verändert worden, so dass etwa dadurch die natürliche Reihenfolge des Todes zweier Personen für die Erbberechtigung umgekehrt würde [1]).

Dass die ältere Jurisprudenz die väterliche Gewalt bzw. Agnation an sich mit der Gefangennehmung untergehen, im Hinblick auf die lex Cornelia aber — also für die Erbfolge — fortdauern liess, will uns nicht einleuchten. In Bezug auf die angerufene Stelle aus Gaius (I. 129) bemerkt B. selbst an anderem Orte [2]), es könne unmöglich der Gedanke des Gaius sein, dass die väterliche Gewalt während der ganzen Dauer der Gefangenschaft positiv fortbestehe. Ueberhaupt handelt Gaius hier nur vom status des zurückgelassenen Haussohnes und ist für den Fall des Todes in der Gefangenschaft nur im Zweifel, ob der Sohn erst von diesem Zeitpunkte, oder schon von dem der Gefangennehmung sui juris geworden. Dieser Zweifel konnte u. E. nur im Hinblick auf die für die Zwischenzeit angenommene Pendenz („pendet jus liberorum") veranlasst sein: ob nämlich diese durch den Tod des Gefangenen nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit beseitigt werde; denn diese Pendenz hat immerhin zur Folge, dass der Sohn bei Lebzeiten des gefangenen Vaters „patria potestate — non fuerit in plenum liberatus", wie Papinian sich ausdrückt, aber dessenungeachtet ent-

---

[1]) A. a. O. S. 88 fg.; dazu S. 99 fg. in Betreff der Pupillarsubstitution nach l. 28 de vulg. subst. (28, 6) von Julian, und ll. 10, 11 de capt. von Papinian. (Buhl a. a. O. S. 267 fg.)

[2]) A. a. O. S. 25.

scheidet, dass der vor dem Vater verstorbene Sohn als paterfamilias gestorben sei und daher beerbt werden könne [1]).

Dass ferner die ältere Jurisprudenz die Delation an eine aus dem Agnationsverbande ausgeschiedene Person zuliess, wie wenn dieser erst durch den Tod gelöst wäre, scheint uns ebenfalls unwahrscheinlich. Die hiefür geltend gemachte Stelle von Julian (l. 12 qui test.) sagt allerdings: obwohl der vom Gefangenen zum Erben eingesetzte Sklave nicht eigentlich heres necessarius, der Haussohn desselben nicht eigentlich Suus heres genannt werden könne, sofern er nicht in der potestas des Sterbenden stand, werde er dennoch ipso jure dessen Erbe. Aber — lässt sich hinzudenken — dies geschieht eben durch Rückziehung des Todes. Findet sich doch dieselbe Ausdrucksweise für andere Fälle [2]) noch bei Paulus [3]), ja selbst im Justin. Codex [4]), und zwar überall mit Berufung auf die lex Cornelia [5]). — Allerdings ferner spricht Julian in obiger Stelle [6]) wie anderwärts [7]) die Fiction der lex Cornelia in Form der Wegfingierung der Gefangenschaft aus, und es wurde daher auch gesagt, dass ihm die Fiction der Rückziehung des Todes noch nicht bekannt

---

[1]) L. 15 de Suis et legit. (38, 16).

[2]) Tod des gefangenen libertus in der Gefangenschaft; Rückkehr des gefangenen Haussohnes nach dem Tode des Vaters; Nachgeburt eines Sohnes; Freilassung aus dem ersten oder zweiten Mancipium.

[3]) L. 4 § 1 de bon. libert. (38, 2). Bechmann a. a. O. S. 89 bezeichnet dies als „merkwürdig". Ferner Collat. XVI. 3 § 7; Bechmann a. a. O. S. 21, 36.

[4]) C. 9 C. de postlim. (8, 51).

[5]) Zu diesen Stellen möchten wir noch die l. 10 pr. sol. matrim. (24, 3) von Pomponius erwähnen, welche den Fall behandelt, dass eine von ihrem Vater dotierte Gattin in Gefangenschaft gerathen und in derselben gestorben ist, wobei in Betreff der Restitution der dos folgendermassen entschieden wird: „puto dicendum, perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset, ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat". S. die Glosse zu dieser Stelle.

[6]) L. 12 qui test. fac. (28, 1).

[7]) L. 28 de vulg. subst. (28, 6); l. 22 pr. de capt. (49, 15).

war [1]); aber dagegen scheint uns doch der Umstand zu sprechen, dass er den vom Haussohn während der Gefangenschaft des Vaters gemachten Erwerb dann, wenn letzterer in der Gefangenschaft stirbt, dem Sohne zuspricht und dies mit den Worten motiviert: „mortuo (patre) tunc paterfamilias fuisse (filius existimatur), quum pater ejus in hostium potestatem perveniret“ [2]). — Endlich sei noch erwähnt, dass die Generalisierung Ulpian's: „In omnibus partibus juris . .“ (mit Rückdatierung des Todes) [3]) sich eigentlich schon bei Julian (mit Wegfingierung der Gefangenschaft) findet: „idemque jus in (et) eadem causa omnium rerum jubetur esse lege Cornelia . .“ [4]).

Zu dem Gesagten gesellen sich noch folgende Erwägungen. Die Fiction der lex Cornelia, dass der Gefangene nicht in Gefangenschaft gerathen sei, wäre identisch mit der beim postliminium begründeten Fiction; — und darauf mag sich die Ansicht stützen, dass die rückwirkende Kraft des postliminium ihren Ursprung in der Fiction der lex Cornelia habe; allerdings könnte ebenso gut gesagt werden, die letztere Fiction sei nur eine Ausdehnung des Prinzips des postliminium auf den Fall des Todes in der Gefangenschaft gewesen —. Und sofern hiernach die

---

[1]) Bechmann a. a. O. S. 101. Es ist aber zu bemerken, dass zu den „quibusdam“ der l. 10 pr. de capt. von Papinian gerade nicht auch Julian gehört: l. 28 de vulg. subst.

[2]) L. 22 § 2 de capt. Bechmann a. a. O. S. 30 bezweifelt allerdings, dass diese Worte von Julian herrühren. Vgl. die analoge Stelle von Tryphonin: l. 12 § 1 eod. (dazu Ulpian in l. 9 i. f. de castr. pec. 49, 17).

[3]) L. 18 de capt. . . Bechmann a. a. O. S. 91; Karlowa a. a. O. S. 124.

[4]) L. 22 pr. de capt.; Hase a. a. O. S. 196 fg. — Karlowa a. a. O. findet in diesen Worten die alte Redewendung des Gesetzes selbst. — Nach der entgegengesetzten Ansicht hätte die lex Cornelia die Rückdatierung des Todes nicht einmal für die Erbfolge verfügt, sie würde auch für diese erst der späteren Jurisprudenz angehören, letzterer aber auch die Ausdehnung auf die familienrechtlichen Verhältnisse. Für diese Entwickelung wird eben bes. die l. 18 de capt. von Ulpian geltend gemacht; aber Julian legt in l. 22 pr. eod. bereits der lex Cornelia ein allgemeineres Anwendungsgebiet bei.

Rechtsverhältnisse des Gefangenen in beiden Fällen gleichmässig bis zu seinem Tode fortdauern würden, mag er nun zurückkehren oder nicht [1]), so wäre es eigentlich consequent zu sagen, er habe vom römischen Standpunkt überhaupt keine capitis deminutio erlitten [2]). Nun galt aber der Kriegsgefangene ohne Zweifel nicht bloss vom feindlichen, sondern auch vom römischen Standpunkt als Sklave [3]), die Fiction des Gegentheils tritt erst hinterher ein; und dies hat zur Consequenz, dass der vom zurückgelassenen Haussohn während der Gefangenschaft des Vaters gemachte Erwerb dann dem Sohne gehört, wenn dieser den Vater überlebt, dass er aber auch im entgegengesetzten Fall zur Erbschaft des Sohnes gehört [4]) — während nach obiger Auffassung doch der vor dem Tode des Vaters gemachte Erwerb des Sohnes zur väterlichen Erbschaft gehören müsste [5]).

Die Fiction, dass der Gefangene nicht in Gefangenschaft gerathen, ist eigentlich der Fiction, dass er bei der Gefangennehmung gestorben sei, entgegengesetzt [6]); allerdings enthält die letztere Fiction auch die erstere in sich, aber nicht umgekehrt; bei ersterer bleibt der Gefangene Subject seiner Rechtsverhältnisse bis zu seinem natürlichen Tode, bei letzterer bis zu seiner Gefangennehmung. Hätte nun die lex Cornelia nur die erstere Fiction enthalten, so wäre schwer zu begreifen, wie die spätere Jurisprudenz in der Lage war, an deren Stelle die letztere Fiction

---

[1]) Oben II. S. 298 zu A. 3. Vgl. l. 13 quando dies leg. (36, 2): oben I. S. 323 A. 2; l. 4 pr. de vulg. subst. (28, 6).

[2]) S. oben II. S. 286 A. 4, S. 287 A. 3.

[3]) Hase a. a. O. S. 1 fg., 69 fg., Bechmann a. a. O. S. 2 fg.

[4]) L. 12 § 1 de capt. von Tryphonin; l. 22 § 2 eod. von Julian (in Betreff der Lesart s. die Mommsen'sche Ausgabe; Bechmann a. a. O. S. 29 A. 3); l. 9 i. f. de castr. pec. (49, 17) von Ulpian; l. 15 de Suis et legit. (38, 16) v. Papinian.

[5]) Bechmann a. a. O. S. 89 A. 1 (S. 29) nimmt das für die ältere Zeit auch an.

[6]) Vgl. Bechmann a. a. O. S. 85 A. 2. Im übrigen lassen sich beide Formulierungen auch vereinigen, wenn zu der Fiction, der Gefangene sei in seiner Heimoth gestorben, hinzugedacht wird: ehevor er in Gefangenschaft gerieth.

zu setzen. Die hiefür geltend gemachte Dissonanz zwischen den Familien- und den Vermögensverhältnissen des Gefangenen in Bezug auf ihren Fortbestand[1]) ist eben nur dann vorhanden, wenn die lex Cornelia nur die erstere Fiction einführte; der Gesichtspunkt aber, dass die Gefangenschaft eigentlich für das römische Recht einen juristischen Tod bedeute[2]), trifft zwar wegen der Möglichkeit des postliminium nicht ganz zu[3]), hätte aber gerade für die Erbfolge von Anfang zu letzterer Fiction führen müssen. Auch findet sich bei den Juristen, welche die Rückdatierung des Todes lehren[4]), selbst nicht die Andeutung einer Abweichung von der lex Cornelia.

Die Fiction des Fortbestandes der Rechtsverhältnisse des Gefangenen in dessen eigener Person ist dann sehr natürlich, wenn sie ihm selbst zugute kommt, d. h. wenn er zurückkehrt; und diese Fiction ist identisch mit der Fiction, er sei nicht in Gefangenschaft gerathen. Ist sie aber auch für den Fall seines Todes in der Gefangenschaft ebenso natürlich[5])? Soll eine Erbfolge nach ihm begründet sein, so lässt sich zwar dieser Zweck erreichen entweder durch die Fiction, er sei nicht in Gefangenschaft gerathen, er sei also zu Hause, immerhin aber erst jetzt gestorben, oder durch die Fiction, er sei im Augenblick seiner Gefangennehmung gestorben. Aber der Zeitpunkt der Delation ist in beiden Fällen ein verschiedener, und hiernach

---

[1]) Bechmann a. a. O. S. 88.

[2]) Bechmann a. a. O. S. 91; Hase a. a. O. S. 110, 192. S. ferner Kuntze Instit. Excurse zu § 366; aber die hier cit. Stellen haben nicht auch den Fall der Kriegsgefangenschaft im Auge.

[3]) S. bes. l. 4 § 2 de bon. libert. (38, 2), wo der deportierte Patron dem kriegsgefangenen Patron gegenübergestellt und gesagt wird, dass ersterer „mortui loco habetur", nicht aber auch letzterer „propter spem postliminii". S. auch l. 13 § 2 de test. mil. (29, 1). — Vgl. auch Ihering pass. Wirk. S. 205, 206.

[4]) Oben II. S. 298 A. 1, 2.

[5]) Vgl. l. 6 § 1 de injusto (28, 3): „— nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa (sc. captivitatis) decedat; quamvis captivus reversus patris sui injustum faceret testamentum in eo praeteritus".

kann auch der Erbe in beiden Fällen ein anderer sein: z. B. der Testamentserbe ist während der Gefangenschaft des Testators gestorben, oder die Ordnung der Intestaterbfolge hat sich in der Zwischenzeit verändert. Sofern nun eine solche Veränderung der Umstände auch dann eingetreten wäre, wenn die Gefangennehmung nicht stattgefunden hätte, möchte die erstere Fiction als die angemessenere erscheinen; auch scheint die dadurch bedingte Aufschiebung der Delation durch die Stellen, welche nur die Wegfingierung der Gefangenschaft aussprechen, einigermassen unterstützt zu werden [1]); und der wiederholt ausgesprochene Satz, dass durch die lex Cornelia „testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, confirmantur", dass „legitimae hereditates firmantur" [2]), würde ebenfalls nicht dagegen sprechen. Andrerseits ist die zweite Fiction quellenmässig bezeugt und nach ihr knüpft sich die Delation an den Zeitpunkt der Gefangennehmung. Wie hätte nun die spätere Jurisprudenz eine solche unter Umständen einschneidende Veränderung in Betreff der Erbberechtigung vornehmen können, wenn die lex Cornelia das Gegentheil bestimmte? Eine Erbschaft und damit einen Erben schuf erst diese lex [3]), nicht die Jurisprudenz, demnach auch das Mittel dazu, die Fiction [4]).

Es muss also bereits die lex Cornelia es auf diejenigen Erben abgesehen haben, die sich nach dem Zeitpunkt der Gefangennehmung bestimmen. Marcellus spricht den vom zurück-

---

[1]) Vgl. z. B. l. 28 de vulg. subst. (28, 6); l. 22 pr. de capt.; l. 12 qui test. fac. (28, 1).

[2]) L. 12 qui test. fac. (28, 1), l. 15 de injusto (28, 3), l. 28 de vulg. subst. (28, 6), l. 4 § 1 de bon. libert. (38, 2), l. 14 pr. de capt., Ulp. fr. XXIII. 5; — Paul. r. s. III. 4ª § 8, c. 1 C. de postl. (8, 51). Vgl. Karlowa a. a. O. S. 124, Buhl a. a. O. S. 255 fg.

[3]) L. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2): „— nam fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit". Vgl. auch l. 28 i. f. de vulg. subst. (28, 6), l. 12 § 1 i. f. de capt. (49, 15), l. 22 pr. eod., c. 1 C. de postl. (8, 51).

[4]) Karlowa a. a. O. S. 124 sagt: „Das Gesetz selbst macht die Fiction, es überlässt nicht etwa der Jurisdiction, dieselbe zu machen. Der ex lege Cornelia Berufene wird daher civilrechtlicher heres des apud hostes Verstorbenen . ."

gelassenen Sklaven des Gefangenen gemachten Erwerb dem Erben desselben aus dem Grunde zu, „quia et si captivitatis tempore decessisset, adquisitum foret heredi“ [1]). Dieses Motiv trifft aber nur dann in allen Fällen zu, wenn der in der Gefangenschaft Verstorbene gerade von dem beerbt wird, der ihn beerbt hätte, wenn er im Momente der Gefangennehmung gestorben wäre. Gleichwohl wird selbst noch von Ulpian die Erbberechtigung wieder in der Formel von der Wegfingierung der Gefangenschaft ausgedrückt [2]).

§ 61. Fortsetzung.

Aus all' dem Gesagten ergibt sich Folgendes. Das jus postliminii hat, wenn es die ihm begrifflich zukommende Aufgabe erfüllen wollte, von Anfang der rückwirkenden Kraft nicht entbehren können, mag dies ursprünglich zu klarem Ausdrucke gelangt sein oder nicht. Dass dadurch das Rechtsverhältnis während der Gefangenschaft sich als Pendenz-, Suspensionsverhältnis qualifiziere und wie die Consequenzen davon im Einzelnen sich gestalten, diese Erkenntnis wird sich nur allmählig entwickelt haben; denn sie ist eine Abstraction aus der Thatsache der Rückwirkung. Die Pendenz war vor der lex Cornelia in vermögensrechtlicher Beziehung eine Pendenz zwischen dem Fortbestand der Rechtsverhältnisse des Gefangenen — von gewissen begrifflich gegebenen Ausnahmen abgesehen — und dem Untergang derselben; in familienrechtlicher Beziehung eine Pendenz zwischen dem alten Status des Gefangenen bezw. seiner

---

[1]) L. 1 de captiv. (49, 15).

[2]) L. 1 pr. de Suis et legit. (38, 16): „— per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et ejus hereditas fuisse creditur“. Vgl. übrigens auch Paulus in l. 1 § 1 ad leg. Falc. 35, 2, l. 4 § 1 de bon. libert. 38, 2 (oben II. S. 300). Ulpian in l. 3 § 1 de V. S. (50, 16) sagt sogar: „Ejus, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, qui(a) servus decessit.“ Die Glosse fügt hinzu: „stricto jure, proprie: — sed de aequitate, per fictionem legis Corneliae“. Hase a. a. O. S. 6, 191 (ohne weitere Bemerkung).

Angehörigen, und dem Untergang desselben bezw. der Eigenberechtung der zurückgelassenen Familienglieder.

In Betreff der lex Cornelia dürfte zwar ausser Zweifel sein, dass dieselbe sich — ihrem Zwecke nach — nur auf die Erbschaft nach dem Gefangenen bezw. die von ihm angeordnete Vormundschaft bezog, und dass eine Ausdehnung derselben auf andere Rechtsverhältnisse in eine spätere Zeit zu verlegen wäre, wenn nicht in Erwägung käme, dass die familienrechtlichen Beziehungen des Gefangenen für den Fall, dass er nicht postliminio zurückkehrt, von jeher als mit seiner Gefangennehmung aufgelöst zu betrachten waren. Die Annahme einer solchen Ausdehnung hat dann eine Berechtigung, wenn die Rückdatierung des Todes in der Gefangenschaft auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung nicht schon der lex Cornelia eigenthümlich war; aber hiervon vermögen wir uns aus den oben angeführten Gründen nicht zu überzeugen. Durch die Rückdatierung des Todes hat die obwaltende Pendenz einen anderen Charakter erhalten; zwar in familienrechtlicher Beziehung ist es die alte Pendenz zwischen Hausgewalt des Gefangenen und Eigenberechtigung seiner Familienglieder; aber in vermögensrechtlicher Beziehung besteht die Pendenz jetzt zwischen dem Gefangenen und dessen Erben als Subject der Rechtsverhältnisse [1]).

Diese Pendenz entspricht allein der Logik des Sachverhaltes („juris ratio“) [2]): die durch die Gefangennehmung bewirkte capitis deminutio soll rückwärts unschädlich gemacht werden: entweder zu Gunsten des Gefangenen selbst oder zu Gunsten seiner Erben; so dass also vom Zeitpunkte der Gefangennehmung als Subject des zurückgelassenen Vermögens der Gefangene selbst,

---

[1]) Auch Bechmann, der für die ältere Zeit eine Rückwirkung weder in der einen noch in der anderen Richtung annimmt, unterscheidet in vermögensrechtlicher Beziehung mehr Stadien der Entwickelung als in familienrechtlicher Beziehung: a. a. O. S. 55 fg., 62 fg. einerseits, S. 15 fg., 23 andrerseits. Vgl. auch Hase a. a. O. S. 190 fg.

[2]) L. 10 pr. de capt. (49, 15). Buhl a. a. O. S. 257 findet in dieser Aeusserung Papinian's den Beweis, dass die Rückdatierung des Todes nicht im Wortlaute der lex Cornelia begründet war. Ferner S. 367 eod.

wenn er zurückkehrt, sonst aber dessen Erbe [1]) erscheint, — nicht aber im letzteren Falle der Gefangene und nach ihm sein Erbe. Die lex Cornelia ist eine Norm für einen Fall, welcher dem des postliminium gerade entgegengesetzt ist; im Uebrigen ist sie nur eine Consequenz des für das postliminium geltenden Prinzips [2]). Im Fall der Rückkehr des Gefangenen muss die Gefangenschaft hinweggedacht werden („quasi in medio nulla captivitas intercessisset“ [3])), im Falle des Todes in der Gefangenschaft auch die Zeit der letzteren („quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur“ [4]).

Diese Pendenz besteht ungeachtet dessen, dass der Gefangene vorläufig eine capitis deminutio magna erlitten hat, eben wegen der Rückziehung des künftigen Ausganges der Dinge; dagegen darf man nicht sagen, dass wegen dieser künftigen Rückziehung überhaupt keine Sklaverei eingetreten sei [5]). Für die bisherigen Rechtsverhältnisse des Gefangenen fehlt es also in der That zeitweilig an einem bestimmten Subject. Was aber die Construction des Verhältnisses der Zwischenzeit betrifft, so sind mehrere der hierüber geäusserten Ansichten sicher nicht haltbar. Dass die Rechtsverhältnisse untergegangen und nur körperliche Substrate derselben als herren- und rechtlose (daher occupationsfähige) Sachen zurückgeblieben seien, kann nicht einmal für die ältere Zeit angenommen werden [6]). Die Anerkennung bloss passiver

---

[1]) Der Suus heres ipso jure, der extraneus heres durch Rückwirkung des Erbschaftserwerbes auf den Zeitpunkt der Delation, also über die Gefangenschaft hinweg, während welcher hereditas jacens bestand (Bechmann a. a. O. S. 92, 55).

[2]) Vgl. l. 22 § 1 de captiv.: „— quare necesse est etiam ad eos pertineant, qui ex lege Cornelia hereditatem adierint“. Vgl. auch l. 15 pr. de usurp. (41, 3).

[3]) L. 12 § 5 de captiv. (49, 15). Vgl. l. 11 § 4 de exc. rei jud. (44, 2).

[4]) L. 44 § 7 i. f. de usurp. (41, 3).

[5]) S. oben II. S. 286 A. 4, S. 287 A. 3. Brinz 2. Aufl. IV. § 537 S. 114 sagt: „die lex Cornelia, welche — — die capitis deminutio aus Kriegsgefangenschaft gänzlich beseitigte, und an die Stelle des alten incertum, ob der Gefangene capite deminutus, die Frage setzte, ob er noch lebendig (heimkehrsfähig) oder todt sei . . .“

[6]) S. oben II. S. 292.

Wirkungen der Rechte würde, abgesehen von der constructiven Schwierigkeit, ebenfalls den Untergang der Rechte als solcher involvieren[1]); zwar kommt der Idee „objectiver Gebundenheit auf Grund des Bestimmungsverhältnisses für das künftige Subject" gewiss eine Wahrheit zu[2]), aber diese Gebundenheit ist hier nur die Folge, der Reflex künftiger Rückwirkung. Die Annahme des — natürlich nicht ausnahmslosen — Fortbestandes der familien- und vermögensrechtlichen Verhältnisse in der Person des Kriegsgefangenen unter einer Resolutivbedingung lässt sich ebenso wenig halten[3]), wie die juristischer Persönlichkeit des zurückgelassenen Vermögens[4]) — womit für die Familienverhältnisse überhaupt keine Construction gegeben wäre —. Aber auch die Ansicht, dass die Rechte und Verbindlichkeiten als subjectlose fortbestehen, lässt sich, die Möglichkeit dieser Rechtsfigur an sich zugegeben, hier schwer acceptieren[5]); den dafür besonders geltend gemachten Worten Tryphonin's: „hi (sc. servi captivi) bonorum fuerunt et esse perseverant"[6]) steht der Ausspruch von Gaius gegenüber: „— jure postliminii omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur"[7]).

---

[1]) S. oben II. S. 289.

[2]) Ihering pass. Wirk. S. 210 findet dafür in l. 12 § 1 i. f. de capt. den entsprechenden Ausdruck. Bechmann a. a. O. S. 56 erklärt den Ausdruck ‚objective Gebundenheit' für ‚so unbestimmt und vieldeutig. dass für die Erkenntniss der Sache dadurch sehr wenig gewonnen sein dürfte'. Ferner S. 62 eod.

[3]) Gegen Hase (a. a. O. S. 68 fg., bes. S. 73 fg., 85 fg., 102 fg.) s. Bechmann a. a. O. S. 81 zu A. 3, S. 64 (S. 12), und in Betreff des status des zurückgelassenen Haussohnes: S. 24 A. 1.

[4]) Gegen Hase (oben II. S. 287 A. 3) s. Bechmann a. a. O. S. 64, 82, 55, 62 A. 2; Ihering pass. Wirk. S. 211 A. 33; Köppen Erbsch. S. 160.

[5]) S. Bechmann a. a. O. S. 56, 64, 82. Der Satz ‚ex post facto apparet' findet gerade in Betreff des Subjectes eines Rechtsverhältnisses eine vorzügliche Anwendung. Vgl. Dig. de reb. dub. (34, 5).

[6]) L. 12 § 1 i. f. de capt.; Köppen Erbsch. S. 162.

[7]) L. 32 § 1 de her. inst. (28, 5), oben I. S. 53 A. 3. S. auch l. 23 § 1 de acq. poss. (41, 2) von Javolen: ‚In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo jura rerum suarum singulare jus est.' (Oben II. S. 295.)

Hiernach möchte man wohl eher sagen, es liege das vor, was oft als „jus dormiens“ bezeichnet wird, ein in seiner Wirksamkeit „suspendiertes“ Recht. Das Verhältnis ist aber dieses, dass das Subject der Rechtsverhältnisse nur alternativ bestimmt und daher in der Schwebe ist; u. z. in vermögensrechtlicher Beziehung zwischen dem Gefangeneu und dessen Erben. Eine Alternative liegt aber auch in familienrechtlicher Beziehung vor; denn bei Gefangennehmung eines paterfamilias sind dessen Familienangehörige entweder sui oder alieni juris, mit anderen Worten: in Betreff ihrer Person ist die Hausgewalt pendent zwischen ihnen selbst und dem gefangenen Hausvater.

Wie immer man über den Werth der Rückwirkung denken mag [1]), für das Rechtsverhältnis des captivus steht ausser Zweifel, dass die Römer mit diesem Hilfsmittel operierten, — übrigens mit klarer Unterscheidung der juris und facti causae [2]), mit vollem Bewusstsein, dass eine ausnahmslose Durchführung jenes Gesichtspunktes nicht möglich sei [3]). Wegen der Rückwirkung der künftigen Entscheidung muss aber der Zustand der Zwischenzeit sich so gestalten, dass der Zukunft nicht präjudiciert werde, insbesondere so, wie es der Hoffnung auf Rückkehr des Gefangenen entspricht [4]). Der juristische Ausdruck für diesen Zustand ist aber: Pendenz, Schwebe [5]); und zwar haben wir es hier mit

---

[1]) S. die oben I. S. 104 A. 5 (II. S. 133) citierte Aeusserung Ihering's.

[2]) S. l. 12 §§ 2, 6 de capt., l. 19 ex quib. caus. (4, 6), l. 23 § 1 de acquir. poss. (41, 2).

[3]) Zu allgemein also die Ausdrucksweise in l. 5 § 1 de capt.: „— postliminium habet, i. e. perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset“; l. 32 § 1 de her. inst. (28, 5): „— omnia jura civitatis in personam ejus . . .“

[4]) L. 22 § 5, l. 23 fam. erc. (10, 2); l. 4 § 2 de bon. libert. (38, 2); l. 4 § 5 rem. pup. (46, 6); l. 12 pr. de capt.; l. 1 § 4 de muner. (50, 4). — Vgl. Ihering pass. Wirk. S. 206; Buhl a. a. O. S. 253; Karlowa a. a. O. S. 117.

[5]) Die Auffassung des obwaltenden Verhältnisses als eines Schwebeverhältnisses vertritt besonders Bechmann, wenn auch nur für die spätere Zeit: a. a. O. S. 1, 23 fg., 55 fg., 58, 63 fg., 66 fg., 82 fg. Vgl. auch Fitting Rückzieh. S. 7 fg.; Karlowa a. a. O. S. 119 fg.

einem reinen Pendenzverhältnis, ohne vorläufige Regelung zu Gunsten eines der beiden in Betracht kommenden Subjecte [1]), zu thun [2]).

---

[1]) Vgl. das Schwebeverhältnis beim Vindicationslegat nach Ansicht der Proculianer, Gai. II. 200; dazu l. 18 (19) § 5, l. 19 (20) de neg. gest. (3, 5).

[2]) S. Bechmann a. a. O., bes. S. 82, 83; Fitting Rückzieh. S. 7 fg., 49 fg.; Wächter schwebend. Eigenth. S. 8 A. 1. Enneccerus Rechtsgeschäft S. 237 findet dagegen in Betreff des Hauskindes des Gefangenen ein Schwebeverhältnis mit einstweiliger fester Regulierung, indem das Kind zunächst sui juris werde, aber bei Rückkehr des Hausvaters die patria potestas als niemals aufgelöst betrachtet werde. (Vgl. oben II. S. 18 A.) Karlowa a. a. O. S. 119 fg. hinwieder meint, in Betreff des Zustandes der Zwischenzeit seien verschiedene Auffassungen möglich: entweder die, dass ein Zustand objectiver Ungewissheit, des Schwebens zwischen zwei Möglichkeiten vorliege — wobei doch immer jene Functionen der Rechte und Rechtsverhältnisse eintreten konnten, die von der schliesslichen Entscheidung der schwebenden Alternative unabhängig sind —; oder die, dass eine der beiden Möglichkeiten vorläufig prävaliere, also in der Zwischenzeit die Sache so anzusehen sei, als wäre die Entscheidung schon zu ihren Gunsten eingetreten — wobei dann wieder nicht zweifelhaft sein konnte, dass man die Möglichkeit, die Gefangenschaft sei eine definitive, als die prävalierende anzusehen habe —. Diese beiden Auffassungen seien auch unter den römischen Juristen vertreten gewesen: die erstere in den Stellen, welche sagen, es liege ein Pendenzverhältnis vor, die letztern in den Stellen, welche sagen, die väterliche Gewalt habe aufgehört, es sei kein Eigenthum vorhanden. Gewisse Verhältnisse hätten einen Zustand der Schwebe überhaupt nicht vertragen: Besitz, Ehe. — Vgl. auch Buhl a. a. O. S. 259, 260.

Dem gegenüber sei Folgendes bemerkt: Ein Pendenzverhältnis würde auch im Falle der Prävalenz einer der beiden Möglichkeiten vorliegen, wenn der späteren Entscheidung rückwirkende Kraft zukommt (s. oben II. promiscue). Ob dann bei solcher Regelung gerade die Möglichkeit als prävalierend zu betrachten wäre, dass die Gefangenschaft eine definitive sei, steht auch nicht ausser allem Zweifel; denn die Quellen betonen wiederholt die spes revertendi. Bei einem Pendenzverhältnis mit vorläufiger Regelung der Zwischenzeit ist, wie oben oft betont wurde, der Standpunkt der Gegenwart, nicht der der Zukunft massgebend, und unter ersterem ist regelmässig der bisherige Zustand zu verstehen; dieser wäre aber in Betreff des zurückgelassenen Haussohnes der Zustand der Gewaltunterthänigkeit, nicht der der Eigenberechtigung, was

Werfen wir zur Begründung des Gesagten noch einen Blick auf die Quellen. In verschiedenen Wendungen wird gesagt: obwohl der Gefangene interim ein servus ist, sind dennoch seine Rechtsverhältnisse in pendenti, in suspenso, u. z. wegen der Möglichkeit des postliminium [1]). Das heisst aber: weil sie dadurch auch für die Vergangenheit wieder ihr Subject haben.

So einmal in Betreff der patria potestas. Wird einerseits gesagt, die Familienangehörigen des gefangenen Hausvaters seien während der Gefängenschaft nicht in potestas [2]), so heisst es andrerseits wieder, der status, das jus liberorum sei wegen des jus postliminii in pendenti, in suspenso, in incerto [3]), es werde

---

eben auch der spes postliminii entsprechen würde. Obige Ansichten sind derjenigen Hase's, dass die rechtliche Stellung des Gefangenen resolutiv bedingt fortdauere (s. oben S. 308 A. 3), und dass insbes. dem zurückgelassenen Haussohne die Eigenberechtigung nur suspensiv bedingt zustehe (a. a. O. S. 73 fg.), gerade entgegengesetzt. — Endlich können die beiden Ausdrucksweisen der Quellen nicht als Gegensätze betrachtet werden, da sie sich vielmehr combiniert vorfinden: der Gefangene, heisst es, ist Sklave des Feindes geworden, aber wegen der Möglichkeit seiner Rückkehr ist der status seiner Hinterbliebenen pendent. Demnach operieren die römischen Juristen mit dem Gesichtspunkt reiner Pendenz, soweit das nach der Natur des concreten Rechtsverhältnisses überhaupt möglich ist.

[1]) Gaius I. 129, Ulpian fr. X. 4; § 5 J. quib. mod. (1, 12). (Vgl. oben I. S. 237 A. 4, II. S. 35 A. 2, S. 159 A. 3.)

[2]) Paulus r. s. II. 25 § 1; l. 12 qui test. fac. (28, 1), l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3); l. 16 pr. de interr. (11, 1), l. 30 de manum. test. (40, 4), l. 5 § 2, l. 24 de capt. — Vgl. Paul. in Coll. XVI. 3 § 7; l. 31 de liberis et postum. (28, 2).

[3]) S. Anm. 1. Gegen Hase's Ansicht, die väterliche Gewalt bestehe vorläufig fort, s. Fitting Rückzieh. S. 49 A. 82; Bechmann a. a. O. S. 24 A. 1, S. 81 zu A. 3. Letzterer Schriftsteller S. 25 findet in dem von Gaius cit. gebrauchten Ausdruck ‚pendet jus liberorum', ‚der im Munde der römischen Juristen sehr unbestimmt ist und ebensowohl ein wirklich schwebendes als ein bloss interimistisches Verhältniss bezeichnen kann', keinen Beweis dafür, dass Gaius der Rückkehr des Gefangenen rückwirkende Kraft beigelegt habe. Aber derselbe Ausdruck findet sich auch bei Ulpian, in den Institutionen, wo auch, wie bei Paulus, die Rückwirkung ausgesprochen ist. — S. ferner l. 12 § 1 de capt., l. 22 § 2 eod. (Hase a. a. O. S. 73 fg., 116, 196, 205, 238); (Bech-

aber dieses Schwebeverhältnis mit der Rückkehr des Gefangenen im Sinne seiner potestas auch rückwärts beseitigt [1]). Die Pendenz besteht beim zurückgebliebenen Haussohne eben darin, dass er entweder unter väterlicher Gewalt geblieben oder sui juris geworden ist [2]); hierbei kommt natürlich nur das jus postliminii in Frage, die lex Cornelia hat hier keine Bedeutung. Dass aber bei Lebzeiten des gefangenen Hausvaters von einer wahren Eigenberechtigung des Sohnes keine Rede sei, ergibt sich besonders aus der oben [3]) citierten Aeusserung Papinian's, dass der Haussohn des Gefangenen „patria potestate, quamdiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus", dass er aber gleichwohl als paterfamilias sterbe, wenn der Vater nachher in der Gefangenschaft stirbt, während bei dessen Rückkehr „ex eo natus potestatis ejus fiat per suspensi juris constitutionem" [4]).

Von der Ehe des Gefangenen heisst es, sie sei durch die Gefangennehmung aufgelöst [5]); gleichwohl sagt Julian von den zurückgelassenen Ehefrauen: „possunt videri nuptarum locum retinere: eo solo, quod alii temere nubere non possunt" [6]); und

---

mann S. 29 fg.; Enneccerus Rechtsgesch. S. 237 fg.); l. 1 § 1 de S. C. Maced. (14, 6); l. 9 § 2 de lib. et postum. (28, 2), l. 1 § 1, l. 2 § 7, l. 10 § 1 ad S. C. Tertull. (38, 17); l. 2 § 3 unde legit. (38, 7). In Betreff der l. 6 § 4 de tut. (26, 1) s. Bechmann a. a. O. S. 27.

[1]) L. 12 § 1 cit., l. 22 § 2 cit., l. 9 i. f. de castr. pec. — Wohl wird auch von „recidere in potestatem" gesprochen, aber mit dem Beisatze: „als ob keine Gefangennehmung stattgefunden hätte: l. 6 § 4 de tutel. (26, 1); Paul. II. 25 § 1, Pomp. l. 5 § 1 de capt. — (Vgl. aber Bechmann a. a. O. S. 11.)

[2]) S. die vorhin cit. Stellen. — In Betreff der Eheschliessung des zurückgelassenen Haussohnes s. oben II. S. 293 A. 4.

[3]) II. S. 299.

[4]) L. 15 de Suis et legit. (38, 16). Hase a. a. O. S. 207. Statt „constitutionem" liest Bechmann a. a. C. S. 84 A. 2: „continuationem". S. ferner l. 11 pr. de capt., l. 12 § 3 eod., l. 22 § 2 eod.; l. 9 de castr. pec.

[5]) L. 1 de divort. (24, 2), l. 8, l. 12 § 4, l. 14 § 1 de capt.; dagegen nov. 22 c. 7. S. Bechmann a. a. O. S. 44 fg. (S. 4); Karlowa a. a. O. S. 120 (A. 1 gegen Bechmann), 121.

[6]) L. 6 de divort. Hase a. a. O. S. 91 fg. Ob hier eine Interpolation vorliege, s. einerseits Ihering pass. Wirk. S. 215 A. 44, 45,

Ulpian beruft sich in Betreff einer Freigelassenen, deren Patron und Gatte in Kriegsgefangenschaft gerathen ist, auf Julian's Meinung: „durare ejus libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam“ [1]), während bei einer anderen Sklaverei des Patrones das Gegentheil gelte [2]).

In Betreff der (vererblichen) Vermögensverhältnisse des Kriegsgefangenen besteht die Ungewissheit, ob sie für die Zeit der Gefangenschaft den Gefangenen selbst zu ihrem Subject haben, oder die Erbschaft desselben bilden [3]). Vorläufig allerdings haben diese Rechtsverhältnisse kein bestimmtes Subject, da der Gefangene noch lebt, aber servus ist [4]); daher wird auch gesagt, es sei kein dominus vorhanden [5]); die Pendenz besteht aber eben wegen des jus postliminii bezw. der lex Cornelia [6]). Und ebenso verhält es sich hinsichtlich der Rechtsverhältnisse, welche während der Gefangenschaft begründet wurden, sei es durch ein Hauskind, sei es durch einen Sklaven des Gefangenen; die Quellen sprechen auch hier von Pendenz, Suspension, welche im

---

andrerseits Bechmann a. a. O. S. 42 fg., Buhl a. a. O. S. 258 A. 3, Karlowa a. a. O. S. 121. Vgl. auch l. 10 pr. sol. matr. (24, 3).

[1]) L. 45 § 6 de ritu nupt. (23, 2). S. einerseits Ihering a. a. O. S. 215 A. 44, andrerseits Hase a. a. O. S. 90, Bechmann a. a. O. S. 46, aber auch S. 82; Buhl a. a. O. S. 259, 244, Karlowa a. a. O. S. 121 A. 2. — Vgl. dazu in Betreff des losgekauften Kriegsgefangenen die l. 20 § 1 qui test. fac. (28, 1): „— hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat“. Ueber die rechtliche Natur dieses „vinculum“ s. Hase a. a. O. S. 162 fg.; Karlowa a. a. O. S. 126 fg. (Vgl. auch Puntschart moderne Theorie S. 55, 215, 279; J. Pfaff favor libert. S. 29.)

[2]) Eod. Ueber andere Fälle der Gegenüberstellung der Kriegsgefangenschaft und (anderer) Sklaverei: Voigt d. XII Tafeln I. S. 288 fg.

[3]) L. 22 pr. § 1 de capt. Bechmann a. a. O. S. 55 fg., 63, 79 fg., 92, 94.

[4]) Es kann auch hier gesagt werden: „Quod pendet, non est pro eo, quasi sit“, l. 169 § 1 de R. J. (50, 17); vgl. dazu l. 16 pr. de interrog. (11, 1), oben I. S. 250 A. 5.

[5]) L. 20 (19) § 5 de neg. gest. (3, 5); l. 11 pr. de pec. const. (13, 5) oben I. S. 240, II. S. 94 A. 4. Vgl. auch Hase a. a. O. S. 113 fg.

[6]) L. 20 (19) § 5 cit., l. 21 (20) eod.; Bechmann a. a. O. S. 70.

ersteren Fall zwischen dem Gefangenen und dem Haussohn (bezw. dessen Erben), im letzteren Falle zwischen dem Gefangenen und dessen Erben besteht [1]). Eben wegen des Pendenzverhältnisses kann man auch nicht sagen, die Rechtsverhältnisse des Gefangenen seien untergegangen, sie leben aber (für ihn oder seinen Erben) wieder auf [2]); Gaius wie Javolen sagen das Gegentheil [3]).

Vom Testamente des Gefangenen, welches er vor seiner Gefangennehmung errichtet hat [4]), wird für den Fall seiner Rück-

---

[1]) S. von den obigen Stellen bes. l. 12 § 1, l. 22 §§ 1, 2 de capt., l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3); vgl. ferner l. 15 pr. de usurp. (41, 3), l. 15 de Suis et leg. (38, 16), l. 9 i. f. de castr. pec. (49, 17). Bechmann a. a. O. S. 50, 66; 23 fg.

[2]) In Ansehung des Klagerechts allerdings findet sich diese Ausdrucksweise einmal in den Quellen. In l. 41 § 3 de furt. (47, 2) ist der Fall behandelt, dass Jemand nach Begehung eines Delictes servus hostium wurde, und Ulpian acceptiert die Entscheidung des Pomponius: „extingui actionem, et si fuerit reversus postliminio vel quo alio jure, renasci eam actionem debere; et ita utimur". Es wird wohl auch hier zwischen Klageanspruch und Klage zu unterscheiden sein. S. oben II. S. 208 A. 3. — Vgl. in entgegengesetzter Richtung: l. 14, l. 15 pr. § 1 ex quib. caus. (4, 6). Dazu Bechmann a. a. O. S. 60.

[3]) L. 32 § 1 de her. inst. (28, 5), l. 23 § 1 de acq. poss. (41, 2), s. oben II. S. 308 A. 7. Die Entscheidung von Gaius in ersterer Stelle, dass nämlich ein Kriegsgefangener zum Erben eingesetzt werden könne, ist gegenüber dem Erfordernis, dass die Einsetzungsfähigkeit schon im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muss, auffallend; und Bechmann a. a. O. S. 74 fg. nimmt eine Interpolation an, indem er meint, die Stelle müsse dahin gelautet haben, dass ein Kriegsgefangener nicht als Erbe eingesetzt werden könne, wohl aber ein Sklave desselben. Abgesehen aber von der Nebeneinanderstellung beider Fälle in dem Fragmente, die B. „flach und nichtssagend" findet, von der Motivierung mit dem jus postliminii, und von der Einsetzungsfähigkeit eines gefangenen Sklaven (l. 98 de leg. I., Bechmann a. a. O. S. 76 A. 1; dazu l. 30 de manum. test. 40, 4), müssen wir auf das oben I. S. 356 zu A. 2, S. 359 fg. Bemerkte verweisen. (Dazu Schmidt die Persönl. des Sklaven S. 14 A. 25, S. 21.)

[4]) Wenn nach der Gefangennehmung: Paul. r. s. III. 4[a] § 8, § 5 J. quib. non est perm. (2, 12), l. 8 pr. de lib. et postum. (28, 1), l. 10

kehr gesagt: „vires suas recipere, valere jure postliminii“, für den Fall seines Todes in der Gefangenschaft: „lege Cornelia confirmari, convalescere“, — u. z. beides als Ergänzung bezw. Erklärung des Satzes: „ab hostibus capti testamentum irritum fieri“ [1] [2]).

Wegen seiner Pendenz in subjectiver Beziehung ist das Vermögen des Gefangenen einer ökonomischen Entwickelung, einer Vermehrung wie Verminderung fähig, im Allgemeinen gerade so, wie eine hereditas jacens. Es kann Rechte u. Ansprüche erwerben durch Stipulationen, Traditionen, Legate, sei es mittels eines dazu gehörigen Sklaven, sei es mittels eines Haussohnes des Gefangenen [3]), sei es ex re ipsa [4]); auch durch Erbeinsetzung eines Sklaven des Gefangenen oder des letzteren selbst [5]). Es können dem Vermögen Verpflichtungen erwachsen, namentlich auch durch Quasiverträge [6]). Es können Verbindlichkeiten für oder

---

de test. mil. (29, 1). Vgl. auch l. 1 pr. de leg. III. — Anders in Betreff des Codicilles: l. 12 § 5 de capt.; l. 7 pr. de jure cod. (29, 7). — Bechmann a. a. O. S. 4, 73.

[1]) Paul. l. c., Ulp. fr. XXIII. 5, § 5 J. cit., l. 6 § 12 (dazu § 5) de injusto (28, 3); l. 15 eod., l. 1 § 1 ad leg. Falc. (35, 2); Bechmann a. a. O. S. 4, 73, 85 fg.

[2]) In Betreff der Ruption eines Testamentes durch die Rückkehr des gefangenen Haussohnes: s. Cit. oben II. S. 293 A. 7.

[3]) L. 11 de V. O. (45, 1), l. 73 § 1 eod., l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3), l. 25 eod., l. 4 de divers. temp. (44, 3), l. 11 § 3 de acceptil. (46, 4), l. 1, l. 12 §§ 1, 2, l. 22 §§ 1—3 de captiv., l. 9 i. f. de castr. pec. (49, 17). Vgl. Bechmann a. a. O. S. 29 fg., 50, 66, Karlowa a. a. O. S. 123.

[4]) L. 43 ad leg. Aquil. (9, 2), l. 41 pr. de furt. (47, 2). S. oben I. S. 227 fg.; Bechmann a. a. O. S. 60, 66 fg.

[5]) L. 32 § 1 de her. inst. (28, 5), s. oben S. 314 A. 3; l. 22 § 1 i. f. de capt.; in Betreff des „nam hereditate non possunt“ (sc. adquirere filiifam. captivi) in l. 12 § 1 de captiv. s. Fitting Rückzieh. S. 49 A. 82, Bechmann a. a. O. S. 30 fg. In Betreff eines Legates s. l. 101 § 1 de leg. I; l. 4 § 1 de his quae pro non scripto (34, 8).

[6]) L. 18 (19) § 5 l. 19 (20) de neg. gest. (3, 5). Ueber die interessante l. 20 (21) pr. eod. vgl. Hase jus postlim. S. 114 fg.; Ihering: Gesammelte Aufsätze II. S. 170 fg.; Bechmann a. a. O. S. 69 fg.; Karlowa a. a. O. II. S. 670; Pacchioni im Bulletino dell'istituto di diritto Rom. IX (1896) p. 55 fg.

gegen dasselbe verfallen[1]). In Betreff des Besitzes und der Ersitzung gelten zum Theile analoge Grundsätze wie für die hereditas jacens[2]), während die Behandlung des Diebstahls an Sachen des Gefangenen verschieden ist[3]).

Was noch die Frage betrifft, nach wessen commercium ein während der Gefangenschaft gemachter Erwerb zu beurtheilen sei, so wäre an sich zu unterscheiden, ob der Gefangene zurückkehrt oder in der Gefangenschaft stirbt[4]); sofern aber im letz-

---

[1]) L. 11 pr. de pec. const. (13, 5), l. 5 pr. ut legat. (36, 3): oben I. S. 238; Bechmann a. a. O. S. 64 fg., Karlowa a. a. S. 122 A. 3. — In Betreff der Klagen aus der Tutel nach der Gefangennehmung des Tutors s. l. 7 § 1, l. 8 de tut. et rat. (27, 3), l. 4 § 5 rem pup. salv. (46, 6). S. Bechmann a. a. O. S. 42 fg., S. 61 fg. Er folgert aus diesen Stellen, insbes. auch aus l. 9 § 4 eod. (27, 3), dass in Bezug auf diese Frage die rückwirkende Kraft des postliminium selbst noch dem classischen Rechte fremd war. Es möchte uns aber bedünken, dass die Zulassung der Klagen sich nur darauf gründe, dass durch die Gefangennehmung des Tutors vorläufig in der That „tutela finita est", dass der Gefangene „tutor esse desinit", und dass der Rückwirkung ex post für diese Frage keine Bedeutung zukomen könne. Wohl hat letzterer Punkt den röm. Juristen Zweifel gemacht — hier wie anderwärts (vgl. l. 16 pr. de interrog. 11, 1) —, die sie aber überwanden. Zur l. 9 § 4 cit. ist insbes. auch das princ. dieser Stelle zu vergleichen. — Ihering pass. Wirk. S. 216 A. 46 vindiciert jene Behandlungsweise erst dem neueren Rechte; Karlowa a. a. O. S. 122 zu A. 3 betont mit Recht die Rücksicht auf das Interesse des Pupillen.

[2]) L. 19, L. 20, l. 23 §§ 1—3 ex quib. caus. (4, 6), l. 23 § 1 de acq. poss. (41, 2), l. 44 § 7 de usurp. (41, 3), l. 11, l. 15 pr. eod., l. 12 § 2, l. 22 § 3, l. 29 de capt. — Vgl. Ihering de her. poss. S. 12 fg. (Abh. S. 200 fg.); Bechmann a. a. O. S. 5, 31 fg., 53 fg., 94 fg.; Pernice Labeo I. S. 398 fg.; Buhl a. a. O. S. 262—266; Bekker R. d. Besitzes S. 73. (Vgl. oben I. S. 118 fg.)

[3]) Der Besitz des Gefangenen ist ebenso untergegangen, wie der eines Verstorbenen (s. A. 2); daher ist die Bestimmung, dass der Gefangene nach seiner Rückkehr die actio furti habe, in der Billigkeit begründet: l. 41 pr. de furt. (47, 2): „— poterit quis dicere, eum furti habere actionem". Vgl. Hase a. a. O. S. 115; Ihering Abh. S. 166 A. 1, Pass. Wirk. S. 217 A. 51. In Betreff der lex Hostilia (pr. J. de his per quos 4, 10) vgl. Ihering pass. Wirk. S. 217 fg.; Bechmann S. 68 fg.; Pernice a. a. O. S. 378.

[4]) Vgl. l. 33 pr. de acquir. dom. (41, 1).

teren Falle die Persönlichkeit desselben als des Erblassers massgebend ist, bildet in beiden Fällen das commercium des captivus den Massstab. —

Die vorstehende Erörterung hatte nur den Zweck, unsere Stellung zur Frage nach der juristischen Lage der Rechtsverhältnisse eines Kriegsgefangenen im röm. Rechte zu präcisieren, u. z. im Sinne eines reinen Pendenzverhältnisses, ohne vorläufige Regelung zu Gunsten einer der Parteien, soweit nicht gewisse Modificationen durch das Bedürfnis des Lebens geboten waren, denen das neuere Recht die Anerkennung gewährte. Damit sollte aber wieder nur die Basis geschaffen werden zur Beantwortung der Frage, wie dieses Rechtsverhältnis für die Bestimmung der rechtlichen Natur der hereditas jacens verwerthet werden könne. Dass beide Rechtsverhältnisse in den Quellen wiederholt zusammengestellt werden, dass auch von neueren Schriftstellern das erstere in der Lehre vom letzteren als Analogon mehrfach herangezogen wird, wurde bereits bemerkt [1]). Allerdings wird hierbei auch der Unterschied meist als ein wesentlicher betont, dass das Vermögen des Verstorbenen in den Quellen personificiert werde, während beim Vermögen des Kriegsgefangenen hievon keine Rede sei. So Ihering, der nur für das ältere römische Recht die Verwandtschaft beider Verhältnisse zugibt, während im neueren Rechte die Behandlung derselben in dem angegebenen Punkte auseinander gehen, dagegen wieder in dem Gesichspunkte der passiven Gebundenheit zusammentreffen soll [2]). Scheurl erklärt den Fall der Kriegsgefangenschaft als einen „ganz analogen Fall" zu dem der hereditas jacens: gleichwohl meint er, dass „zwischen diesen einander ganz gleich scheinenden Fällen in der That ein wohl zu beachtender Unterschied" bestehe, woraus sich auch die verschiedene Behandlung in l. 18 § 2 de stip. serv. (45, 3) erkläre: nämlich der, dass der Rechtszustand der Gefangenschaft stets „als ein durchaus schwebender angesehen" werde,

---

[1]) Oben II. S. 284 A. 1, S. 285 A. 2.

[2]) Abhandl. S. 170 fg., 184, 198; Pass. Wirk. S. 197 fg. (191).

während der der Erbschaft „eben durch die Fiction, dass die Erbschaft die Person des Erblassers vorstelle, ein völlig fester, gewisser sei“ [1]). Pernice, der ebenfalls die Analogie beider Rechtsverhältnisse betont, meint aber, die juristische Behandlung sei in beiden Fällen eine ganz verschiedene; „Der kriegsgefangene bisherige Inhaber kann nicht mehr als berechtigt angesehen werden —; und ein anderer kann wegen des Postliminiums nicht an seine Stelle treten“ [2]). Vgl. ferner Brinz [3]), Köppen [4]) und andere der oben [5]) citierten Schriftsteller.

Was den letzterwähnten Unterschied betrifft, so kann auch bei einem Nachlass der verstorbene Inhaber ohne Fiction nicht mehr als berechtigt angesehen werden, und ein anderer kann auch nicht immer sofort an dessen Stelle treten (z. B. ein nasciturus als Erbe); an Stelle eines Gefangenen kann ein Anderer zwar nicht sofort, wohl aber dann treten, wenn die Rückkehr des ersteren nicht mehr möglich ist. In Betreff des ersterwähnten Unterschiedes kann zwar nicht auf eine Personification des vom Gefangenen zurückgelassenen Vermögens, wohl aber auf die obigen Ausführungen über die Personification der Erbschaft verwiesen werden [6]).

Nun könnte aber gegen die Verwerthung des Rechtsverhältnisses des captivus folgender Einwand erhoben werden: In der Schwebe ist hier, wegen des jus potliminii und der lex Cornelia, nur die Frage, ob das Vermögen dem Gefangenen selbst gehört oder an seine Erben fällt; im letzteren Falle haben wir es, vorausgesetzt dass der Erbe ein heres voluntarius ist [7]), wieder mit einer gewöhnlichen Erbschaft zu thun [8]), im ersteren Falle

---

[1]) Beitr. I. S. 25 fg.; 64 fg. Vgl. Köppen Erbsch. S. 158 fg. Ueber die l. 18 § 2 cit. S. oben I. S. 177 A. 1, 185 A. 4.

[2]) Labeo I. S. 375; 377 fg., 402.

[3]) S. oben I. S. 107 fg.

[4]) S. oben I. S. 49 A. 5.

[5]) II. S. 284 A. 1.

[6]) II. S. 63 fg.

[7]) Wenn ein heres necessarius: l. 12 qui test. fac. (28, 1).

[8]) Vgl. l. 33 pr. de acquir. r. d. (41, 1): „— omnia ut in hereditario servo“.

mit dem Vermögen eines Lebenden; die Frage aber ist, ob das Rechtsverhältnis der hereditas jacens für sich als ein Schwebeverhältnis betrachtet werden kann?

Dieser Einwand ist ebenso naheliegend, als er über das Ziel hinausschiesst. Das ist ja klar, dass nicht aus der Pendenz zwischen den beiden beim captivus möglichen Fällen direct ein Schluss auf den einzelnen Fall gezogen werden darf[1]). Ein Schluss müsste vom einen Fall auf den andern gezogen werden können: wenn im Falle der Rückkehr des Gefangenen eine Retrotraction stattfindet, tritt nicht auch im entgegengesetzten Falle eine solche ein?

Nun handelt es sich in beiden Fällen offenbar um das gleiche Vermögen[2]). Kehrt der Gefangene zurück, so hat er zufolge des jus postliminii auch rückwärts als Subject dieses Vermögens zu gelten; letzteres konnte also unmöglich eine selbständige juristische Persönlichkeit darstellen, denn eine solche müsste es für die Vergangenheit immer bleiben und der Rückkehrende könnte es nur ex nunc wieder erlangen[3]), wie Bechmann für die ältere Zeit annimmt. Stirbt der Gefangene in der Gefangenschaft, so war das Vermögen zufolge der lex Cornelia eine hereditas auch während der Gefangenschaft[4]): soll es nun für diese Zeit auch als eine juristische Person gelten? Widerspricht es nicht dem Wesen dieses Begriffes, dass über das Dasein oder Nichtdasein desselben erst die Zukunft entscheiden soll[5])? Ist es nicht natürlicher zu sagen, es sei in der

---

[1]) Vgl. aber Ihering pass. Wirk. S. 211.

[2]) Dieser Punkt ist auch für die Frage nach dem Gegenstande des Erbrechts im röm. R. nicht ohne Bedeutung. S. oben I. S. 34 fg.

[3]) Bei Hase löst sich die Disharmonie, dass dieses Vermögen wie eine hereditas personificiert werde, mit der Rückkehr des Gefangenen aber dessen eigenes Vermögen geblieben sei, in eine Art Harmonie auf durch den Gesichtspunkt, dass die juristische Persönlichkeit des Gefangenen in seinen Gütern fortlebe, dass er resolutiv bedingt Subject des Vermögens bleibe. (Oben II. S. 287 A. 3, S. 308 A. 3, S. 301.)

[4]) S. oben II. S. 313 zu A. 3.

[5]) Scheurl Beitr. I. S. 64 fg. nimmt das allerdings bei jeder hereditas an: ‚Der Antritt des Erben kann auf jeden Fall nur gleich einer

Schwebe, ob während der Gefangenschaft der Gefangene selbst oder dessen Erbe als Subject des Vermögens zu gelten habe?

Man wird einwenden, dass damit nur ein Argument gegen die Auffassung des Erbvermögens als einer juristischen Person gegeben wäre, nicht aber auch für die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes, mithin nicht für die Auffassung des Rechtsverhältnisses der hereditas jacens als eines Schwebeverhältnisses; in der Schwebe sei nur, ob das Vermögen dem Gefangenen gehöre oder eine hereditas jacens bilde. Es kommt aber des Weiteren die Frage in Betracht, welchen Sinn denn dann die wiederholte Zusammenstellung der hereditas jacens mit dem Vermögen des captivus in den Quellen haben soll? Dass von den bei letzterem möglichen zwei Fällen nur der der Rückkehr des Gefangenen gemeint sein könne, dürfte selbstverständlich sein: beim Tode desselben in der Gefangenschaft haben wir ja wieder eine hereditas, die doch nicht mit sich selbst verglichen werden kann. Die Analogie kann also nur bestehen zwischen der hereditas einerseits und dem Vermögen des captivus während seiner Gefangenschaft andrerseits; und der Rückkehr des letzteren, womit die Continuität der Rechtsverhältnisse hergestellt ist, entspricht der Antritt einer Erbschaft, wobei die Quellen ja ebenfalls von continuatio dominii sprechen [1]).

---

eingetretenen Resolutivbedingung das Eigenthum der Erbschaft als selbständiger Person rückwärts wieder aufheben und von dort an seinen Anfall an den Erben bewirken.' Zwar die l. 73 § 1 de V. O. (45, 1) scheine auch den Zustand der Erbschaft als einen schwebenden zu bezeichnen, aber die hier erwähnte conditio müsse als Resolutivbedingung gedacht werden. — Ueber diese Stelle, in welcher gerade die Stipulation des servus hereditarius mit der des servus captivi zusammengestellt wird, s. oben I. S. 184 fg., II. S. 37 fg. — Ganz undenkbar, das wollen wir zugeben, ist es ja nicht, dass ein späterer Umstand entscheidet, ob ein Vermögen eine Stiftung war oder nicht; z. B. ein Erblasser setzt Jemandem ein Vermögen aus unter einer Bedingung, und bestimmt für den Fall der Defizienz der Bedingung, dass dieses Vermögen einem gemeinnützigen Zwecke gewidmet sein soll. Aber da ist doch die Stiftung wieder nur suspensiv bedingt creiert, existiert aber nicht resolutiv bedingt. (Vgl. Unger VI. § 14 A. 8, § 16 A. 19, § 19 bei N. i.)

[1]) Oben I. S. 10 und promiscue.

Bei einer hereditas jacens besteht die Pendenz zwischen den beiden Möglichkeiten, dass das Erbvermögen dem Erben (allgemeiner: einem Universalsuccessor) gehört, und dass es ein bonum vacans ist [1]). Bei den Gütern des captivus besteht vor der lex Cornelia die Pendenz zwischen den beiden Eventualitäten, dass sie dem Gefangenen gehören, und dass sie bona publica sind [2]).

Seit der lex Cornelia sind der Eventualitäten drei: dass die Güter dem Gefangenen gehören, dass sie dessen Erben gehören, und dass sie bona publica sind [3]). Dass aber auch die Ungewissheit zwischen der ersten und dritten Eventualität von den Römern als Pendenz aufgefasst wurde, ergibt sich daraus, dass sie von Pendenz gerade nur im Hinblick auf die Möglichkeit des postliminium sprechen, während der Fall des Todes in der Gefangenschaft gesondert in's Auge gefasst wird [4]).

Endlich verdient auch folgender Gesichtspunkt eine Erwähnung. Gegenüber von Savigny's bekannter Theorie über den Grund der Personification der Erbschaft verweist Ihering u. A. auf den Fall des captivus, in welchem „der Erwerb (durch Sklaven) während der hereditas jacens nur durch die rückwirkende Fiction aufrecht erhalten werden kann, weil die Anwendung der andern Fiction (nämlich der Persönlichkeit der Erbschaft) dadurch ausgeschlossen ist, dass es zur Zeit des Erwerbes noch gar nicht erhellte, ob eine her. jac. vorhanden war oder nicht. — — —

---

[1]) Oben II. S. 17 fg., 22 fg.

[2]) Oben II. S. 305. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 56 fg., 62 fg.; 70, 82; Karlowa a. a. O. S. 119 fg., Buhl a. a. O. S. 254.

[3]) L. 22 § 1 de captivis: „— — — adquiri dominis intelliguntur, quum postliminio redierint; quare necesse est, etiam ad eos pertinere, qui ex lege Cornelia hereditatem adierint; quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit, bona publica fient". Vgl. Hase a. a. O. S. 191. — Dass übrigens eine Schwebe zwischen Sein und Nichtsein auch noch nach der lex Cornelia möglich sei, s. Bechmann a. a. O. S. 82; in Betreff der l. 44 § 7 de usurp. (41, 3): eod. S. 32, 99; der l. 15 pr. eod.: S. 95 fg. — Vgl. dazu in Betreff des castrense peculium die Ansicht Papinian's in l. 14 § 1 h. t. (49, 17). — S. ferner Fitting Rückzieh. S. 63.

[4]) S. die Stellen oben II. S. 311 A. 1 fg.

War der Gefangene in Feindes Gewalt gestorben, so nahm sein Vermögen rückwärts für die ganze Zeit seiner Gefangenschaft den Charakter einer her. jac. an. Wenn man nun auch die Gültigkeit des während dieser Zeit von den Sklaven gemachten Erwerbes nicht durch die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft aufrecht erhalten wollte, sondern durch die Fiction der Persönlichkeit der her. jac., so würde hier doch immer die Fiction nicht im Augenblick des Erwerbes angewandt werden können, und damit ist ja bewiesen, dass bei der hereditas jacens überhaupt die Gültigkeit des Sklavenerwerbes auch durch eine rückwirkende Fiction vermittelt werden kann" [1]).

Diese Argumentation ist — abgesehen von der angenommenen Persönlichkeit der her. jac., die hier überdies erst ex post zum Vorschein kommen soll [2]) — gewiss zutreffend. Man frägt nur, wie sich die Sache in späterer Zeit verhalten haben soll, wenn nach Ihering die Fiction der Rückwirkung des Erbschaftsantrittes von der der Persönlichkeit der Erbschaft verdrängt wurde? Denn die letztere Fiction wäre in Betreff des Vermögens des captivus während der Gefangenschaft nicht brauchbar gewesen, die erstere aber hätte für den Fall des Todes in der Gefangenschaft später nicht mehr bestanden. Ferner: es ist allerdings nicht möglich, das Vermögen des Gefangenen auch auf den Fall seiner Rückkehr zu personificieren, wenn dem postliminium rückwirkende Kraft zukommt [3]); aber statt solcher Rückwirkung hätte man es immerhin personificieren können, denn seine juristische Persönlichkeit hat der Gefangene vorläufig nicht mehr verloren als ein Verstorbener. Dass dennoch die entgegengesetzte Behandlung gewählt wurde, möchte allerdings auf eine verschiedene Entwickelung beider Institute hinweisen; und eine solche nimmt namentlich Ihering an, indem er ausführt, dass bei der hereditas die Rückwirkungsfiction später durch die Persönlichkeitsfiction verdrängt wurde, während beim Vermögen des Gefangenen die erstere Fiction massgebend geblieben sei; immer-

[1]) Abhandl. S. 171 fg.
[2]) Oben II. S. 319 i. f.
[3]) Oben II. S. 287 fg., 319.

hin aber sollen beide Institute wieder in dem Gesichtspunkte der passiven Gebundenheit zusammentreffen [1]).

Auf die Theorie von der historischen Aufeinanderfolge jener beiden Fictionen bei der hereditas jacens brauchen wir hier nicht mehr zurückzukommen [2]); dagegen ergibt sich uns die Lösung aus dem, was oben über die Bedeutung der Personification der Erbschaft, über den Satz, die Erbschaft vertrete die Person des Verstorbenen, ausgeführt wurde: als Ausdruck der Regelung des Interimsverhältnisses im Sinne des bisherigen Zustandes, ohne dass dadurch das Vorhandensein eines Pendenzverhältnisses, beruhend auf der Rückwirkung des späteren Erbschaftserwerbes, ausgeschlossen wird [3]). Beim Vermögen des captivus haben wir dann, wenn er in der Gefangenschaft stirbt, zufolge der lex Cornelia wieder eine hereditas jacens, demnach das soeben charakterisierte Verhältnis. Wenn er aber zurückkehrt, dann ist er zufolge des jus postliminii selbst Subject des Vermögens geblieben, und beim Vermögen eines Lebenden spricht man wohl nicht von Repräsentanz der Person durch das Vermögen [4]). Zwischen diesen beiden Möglichkeiten aber besteht das Verhältnis reiner Pendenz, keine derselben prävaliert vor der anderen [5]); dazu kommt, dass es sich bei dieser Pendenz nicht bloss um die vermögensrechtlichen, sondern auch um die familienrechtlichen Verhältnisse handelt. Das hindert aber nicht, dass für vermögensrechtliche Veränderungen der Zwischenzeit auf beide Eventualitäten die Persönlichkeit des Gefangenen als des bisherigen Subjects den Massstab bildet [6]).

---

[1]) Ihering pass. Wirk. S. 198 fg., 201 fg., 209 fg.

[2]) S. oben I. S. 77 fg., 278 fg.

[3]) Oben II. S. 280 A. 3 mit Rückverweisung.

[4]) In einer bestimmten Richtung allerdings drückt sich Köppen so aus: Erbsch. S. 35.

[5]) Oben II. S. 310 A. 2.

[6]) Oben II. S. 316 fg. — Vgl. das peculium castrense: Bei Lebzeiten des Haussohnes ist dieser selbst Eigenthümer; nach seinem Tode, wenn er ein Testament hinterlassen hat, ist noch keine hereditas vorhanden, letztere ist bedingt durch den Antritt des Eingesetzten (l. 18 pr. de stip. serv. 45, 3); das Vermögen kann entweder dem Vater als peculium ver-

§ 62. II. Rechtsverhältnis des Verschollenen.

Mit dem der Geschichte angehörigen Rechtsverhältnis des römischen captivus hat aus dem geltenden Rechte am meisten Aehnlichkeit [1]) das Rechtsverhältnis des Verschollenen [2]). In den Quellen des römischen Rechts wird der Fall der absentia [3]) mit dem der captivitas wiederholt zusammengestellt oder auch letz-

---

bleiben oder als hereditas an die Erben fallen; dasselbe repräsentiert also noch nicht eine bestimmte Person. Aber in Bezug auf einen Erwerb für dieses Vermögen in der Zwischenzeit bildet den Massstab entweder die Person des Vaters oder die des verstorbenen Sohnes (l. 33 pr. de acquir. r. d. 41, 1).

[1]) Für das österreichische Recht möchte man auf den ersten Blick geneigt sein, auch den Fall einer Ordensperson heranzuziehen, deren Vermögen, soweit sie nicht unter Lebenden darüber verfügt hat, einen Curator erhält (§ 182 Verlassensch. Pat. v. 9. Aug. 1854); oder den Fall eines Deserteurs (der Linie oder Reserve, aber nicht der Landwehr), dessen Vermögen, unbeschadet der darauf haftenden Rechte und Schulden, sequestriert wird (§ 208 Mil. Strafges. v. 1855). In Bezug auf ein solches Vermögen (nicht aber auch in Bezug auf eine Erbschaft von dritter Seite, die an Stelle jener erbunfähigen Person anderen Personen zufällt und ihnen auch definitiv verbleibt — Pat. v. 9. Nov. 1781, Hfd. v. 17. Aug. 1835; § 208, c. Mil. Str. G., Pfaff-Hofmann Comm. II. S. 23 A. 19, 29, Excurse II. S. 30 u. A. 1 —) scheint ebenfalls eine Pendenz zwischen dem bisherigen Subject (wegen der Möglichkeit der Säkularisierung, bezw. der Stellung oder Begnadigung) und seinen Erben obzuwalten. Aber die Sache verhält sich aus dem Grunde anders, weil im Falle des Todes einer solchen Person die Erbfolge nach derselben erst vom Zeitpunkte des natürlichen Todes derselben datiert und nicht auf den Zeitpunkt des Eintrittes jener Beschränkung der Rechtsfähigkeit zurückbezogen wird. (Pfaff-Hofmann Comment. II. S. 11, A. 2, 3.)

[2]) Beide Verhältnisse werden wiederholt zusammengestellt von Bekker Syst. I. §§ 18, 19, 35, 42, 47, 59, 60, — besonders anschaulich in § 47 Beil. I.

[3]) Die verschiedenen Fälle der absentia nach röm. R. s. bei Voigt d. XII Tafeln I. § 30.

terer in ersterem vorausgesetzt [1]). Zwar decken sich jene beiden Rechtsverhältnisse keineswegs vollständig in ihrer Behandlung [2]). Beim Kriegsgefangenen beginnt mit dessen Gefangennehmung das Pendenzverhältnis zwischen ihm und seinen Erben, und dauert fort bis zu seiner Rückkehr oder seinem Tode in der Gefangenschaft; während dieser Zeit kann kein Theil ausschliesslich als Subject des zurückgelassenen Vermögens betrachtet werden; erst mit dem Eintritte eines jener beiden Ereignisse wird dieser Zwischenraum durch das Mittel der Rückziehung vom einen oder anderen Theile als Subject des Vermögens ausgefüllt. Beim Vorschollenen [3]) verhält sich das anders: mit dem Beginne seiner Abwesenheit tritt in seinen Rechtsverhältnissen (Vermögens- und Familienverhältnissen) überhaupt noch keine rechtliche Veränderung ein, er bleibt Subject derselben, es kommt höchstens zur Aufstellung einer cura absentis. Eine Veränderung erscheint erst mit dem Augenblicke begründet, in welchem er als todt zu vermuthen ist — sei es nun, dass diese Vermuthung sich von selbst an die Verwirklichung eines Präsumtionsgrundes knüpft, oder erst an die in Consequenz desselben erfolgende gerichtliche Todeserklärung, sei es, dass diese Todeserklärung nur eine declarative, oder dass sie eine constitutive Wirkung hat —. Von diesem Augenblicke an würde dort, wo überhaupt das Prinzip gilt, dass die Erbschaft vom Berufenen nur durch einen Willensact (Antretung) erworben werden könne, eine hereditas jacens vorhanden sein; nicht aber dort, wo die Erbschaft vom Berufenen ipso jure (mit Repudiationsrecht) erworben wird [4]).

---

[1]) Z. B. ll. 9—11 de ritu nupt. (23, 2), l. 22 § 1 de reb. auctor. (42, 5) u. s. w. Windscheid II. § 447 A. 3. Ueber den äusseren Zusammenhang vgl. Bruns ‚Die Verschollenheit', Jahrb. d. gem. d. R. I. S. 92 fg. (klein. Schr. I. S. 50 fg.)

[2]) Vgl. Brinz Pand. III. § 394 A. 27.

[3]) Literatur bei Windscheid I. § 53 A. 1, 2, II. § 447 A. 11—13 (III. § 596 A. 19 No. 4). S. ferner Regelsberger Pand. I. § 61. Hauptwerk: Bruns ‚Verschollenheit' a. a. O. S. 90 bis 201 (bezw. S. 48 bis 135). Vgl. auch Köppen Syst. I. S. 201 fg., 444 fg., Lehrb. I. S. 36 fg.

[4]) In Betreff des bürg. Ges. B. f. d. deutsche Reich, welches die Erbschaft ipso jure erworben werden lässt (§ 1942 fg. s. oben I. S. 437

Wesentlich modificiert erscheint allerdings dieser Standpunkt in dem Institut der sogenannten Verschollenheits-Cura, wonach mit der gerichtlichen Verschollenheitserklärung das Vermögen des Verschollenen den nächsten Verwandten desselben gegen Caution ausgeantwortet wird, zum Besitz und zu vollständiger Vertretung desselben (vormundschaftliche Verwaltung, Cura), u. z. unabhängig von persönlicher Fähigkeit dazu — bis zur Rückkehr des Verschollenen oder bis zur Vermuthung seines Todes. Im letzteren Falle erfolgt die gerichtliche Todeserklärung, und damit verwandelt sich die bisherige provisorische Besitzeinweisung der Erben in ein festes Recht derselben. Aus diesem Grunde wurde gelehrt, dass bei dieser Verschollenheits-Cura kein Raum sei für eine hereditas jacens [1]). Wie dem auch sei [2]), ein Schwebezusand besteht immerhin; denn kehrt der Verschollene zurück, so kann von einer eingetretenen Erbfolge keine Rede sein, er bekommt sein Vermögen zurück, und es wird nur darüber gestritten, ob auch die Früchte der Zwischenzeit zu restituieren seien oder nicht. Das gemeine Recht kennt diesen provisorischen Erwerb überhaupt nicht, und auch particularrechtlich hat sich das Rechtsverhältnis des Verschollenen vielfach anders gestaltet [3]). Hieher gehört auch das österreichische Recht [4]). Bis zu dem Zeitpunkte, in wel-

---

A. 4) und der Todeserklärung declarative Wirkung beilegt (§ 18), vgl. Hölder d. allg. Theil d. deutsch. Civ. Ges. Entw. in 2. Les., 1893 (Sep. Abdr. aus dem Arch. f. civil. Prax.) S. 8 fg.

[1]) Vgl. Köppen Syst. I. S. 56; dazu Dusi l. l. c. S. 134 A. 2.

[2]) Vgl. für das röm. R. die Behandlung der suspensiv bedingten Erbeinsetzung: Windscheid III. § 67. Nach österreich. Recht wird dieser Fall nach den Grundsätzen der fideicommissarischen Substitution behandelt (§ 707 a. b. G. B.). S. oben I. §§ 31, 32.

[3]) Vgl. Bruns a. a. O. S. 140 fg. (87 fg.); Stobbe deutsch. Pr. R. § 38, § 276; Roth d. Pr. R. § 61, § 209; Beseler d. Pr. R. § 58, § 130; Gerber d. Pr. R. § 34, § 247. S. ferner Roth bayr. Civ. R. I. S. 150 fg.; Dernburg Lehrb. d. preuss. Priv. R. I. §§ 43, 44 (42).

[4]) Oesterr. allg. b. G. B. §§ 24, 112—114, 277, 278; Ges. v. 16. Febr. 1883 No. 20 R. G. B. S. ausser den Commentatoren zu jenen Paragraphen: Unger Syst. I. § 27, VI. § 36 A. 6. Krainz (Pfaff) Syst. I.

chem der Verschollene rechtlich als todt zu vermuthen ist, erscheint er als ein gewöhnlicher Abwesender, er ist noch Subject seiner Vermögens- und Familienrechte, er bekömmt höchstens einen Curator [1]). Auch die über das Ansuchen von Interessenten um Todeserklärung aufzustellende cura [2]) hat wesentlich denselben Charakter. Erst mit der auf Grund eines jener Umstände, welche gesetzlich die Todesvermuthung begründen [3]), erfolgenden gerichtlichen Todeserklärung — welche früher constitutive, jetzt nur mehr declarative Wirkung hat [4]) — gelten seine Familienrechtsverhältnisse als aufgelöst, bezw. die Erbfolge in sein Vermögen als eröffnet: es besteht eine hereditas jacens. Und wie dem Verschollenen vor seiner Todeserklärung bezw. Todesvermuthung noch Rechte anfallen können, da er ja auch selbst noch als Eigenthümer seines Vermögens gilt (Lebenspräsumtion) [5]), so

---

2. Aufl. § 68; Schiffner Lehrbuch I. § 42, Burckhard Syst. II. § 25. S. ferner Randa Erwerb d. Erbsch. S. 63 fg., insbes. auch S. 67 A. *. — Vgl. das bürg. G. B. f. d. deutsche R. §§ 13—19.

[1]) A. b. G. B. § 276 (§ 21); v. Anders Famil. R. S. 300 fg.

[2]) A. b. G. B. § 113, § 277; §§ 6, 9 des cit. Ges. v. 1883.

[3]) A. b. G. B. § 24.

[4]) A. b. G. B. § 278; § 8, § 10 d. cit. Ges. v. 1883. Vgl. d. deutsche b. G. B. § 18.

[5]) S. bes. § 131 des Verlass. Pat. v. 9. Aug. 1854; dazu Entscheidungen d. oberst. Ger.-Hofes: v. Schey zu § 24 a. b. G. B. [Vgl. auch § 19 d. bürg. Ges. B. f. d. deutsche Reich.] — Es muss aber in Ansehung einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft eines Dritten eine Unterscheidung gemacht werden. War im Augenblick des Anfalles die rechtliche Todesvermuthung noch nicht eingetreten, war also der Verschollene noch als lebend zu präsumieren, so kann die demselben angefallene Erbschaft in dessen Namen von dessen Curator giltig angetreten werden (§ 131 cit., Unger I. § 27 A. 42, 49, VI. § 36 A. 6 [5]) und vererbt sich dann nach der Todeserklärung mit dessen eigener Erbschaft weiter. War aber der Anfall der Erbschaft zwar noch vor der Todesvermuthung erfolgt, letztere aber vor dem Antritt eingetreten, dann kann sie der Curator nicht mehr für den Verschollenen antreten, sie geht im Transmissionswege auf die Erben des letzteren über (§§ 537, 809 a. b. G. B.). Wäre endlich die Todesvermuthung vor dem Anfalle der Erbschaft des Dritten eingetreten, so könnte diese überhaupt nicht mehr dem Verschollenen anfallen (§ 536 a. b. G. B.), natürlich auch nicht der Erbschaft

können auch der Erbschaft nach ihm Rechte erwachsen [1]). Die Todesvermuthung ist aber nur eine praesumtio juris, nicht auch de jure; wird also bewiesen, dass der Verschollene noch lebe, so tritt er in seine frühere rechtliche Stellung ein, sein Vermögen war nicht eine Erbschaft, ist ihm also zu restituieren, nur wird derjenige, dem es gerichtlich eingeantwortet wurde, „wie ein anderer redlicher Besitzer behandelt“ [2]).

Eine Analogie zu dem Falle des röm. captivus ist bei dieser Gestaltung ohne Zweifel vorhanden; allerdings mit einem nicht unerheblichen Unterschiede, welcher bereits vorhin betont wurde. Dort besteht die Pendenz zwischen dem captivus und seinem Erben, hier besteht sie zwischen dem Verschollenen und seinem Erben. Dort beginnt die Pendenz schon mit der Gefangennehmung, hier zwar nicht schon mit der Abwesenheit, aber mit der Todeserklärung bezw. Todesvermuthung. Während aber dort die Pendenz eine reine ist, d. h. ohne Regelung des Zwischenstadiums zu Gunsten einer Partei, z. B. des Erben — eben weil der Gefangene als solcher nicht für todt zu präsumieren ist —, ist hier die Pendenz zu Gunsten des Erben geregelt — eben weil der Verschollene unter den gesetzlichen Voraussetzungen als todt zu präsumieren ist, demnach eine hereditas jacens und die Möglichkeit des Erbschaftserwerbes besteht —. Aber ein Pendenzverhältnis liegt dessenungeachtet auch hier vor, weil mit dem Beweis des Lebens des Verschollenen die ganze Erbfolge, unbeschadet der Wirkungen der bona fides, wieder rückwärts aufgehoben wird. Und diese Regelung der Pendenz zu Gunsten des Erben ist wieder eine andere als bei der oben erwähnten Verschollenheitscura: hier tritt der Erbe in den Besitz des zurück-

---

nach ihm, sondern nur Nachberufenen desselben. Diese Unterscheidung kommt im cit. § 131 i. f. nicht zum Ausdrucke, was sich daraus erklärt, dass die Todeserklärung vor 1883 constitutive Wirkung hatte. —

In Betreff des Verlassenschafts-Curators als solchen bei Unbekanntschaft oder Säumigkeit der Erben: §§ 128, 129 des Verl. Patents (oben II. S. 51 A. 3; dazu Unger VI. § 7 A. 15).

[1]) S. oben I. S. 159 A. 1, S. 198 A. 2.

[2]) § 278 a. b. G. B.; dazu vgl. § 823, 824 eod., § 128 Verl. Pat. v. 1854.

gelassenen Vermögens schon mit der Verschollenheitserklärung, wirklicher Erbe wird er dann mit der Todeserklärung, aber seine Erbesqualität kann wieder rückgängig werden; dort hingegen haben wir nur die beiden letzteren Momente: Erbanfall und Erbschaftserwerb mit der (gerichtlich declarierten) Todesvermuthung, aber Widerruflichkeit mit dem Lebensbeweis, so dass die Erbfolge als eine definitive erst mit dem Beweise des Todes bezw. der Unmöglichkeit des Lebens sich darstellt.

Allerdings würde nun aus dem Umstande allein, dass der Verschollene im Falle seiner Rückkehr selbst Subject des Vermögens auch während der Zeit seiner Todespräsumtion war, noch nicht der Schluss sich ergeben, dass im entgegengesetzten Falle auch dem Erben das Vermögen schon von Anfang rechtlich gehörte; vielmehr wäre zu sagen, dass das Vermögen zunächst eine hereditas jacens bildete, deren rechtliche Natur für sich zu beurtheilen sei, und dass es mit dem Antritte in das Vermögen des Erben übergehe. Soweit aber aus dem Rechtsverhältnis des captivus sich Gründe gegen die Annahme juristischer Persönlichkeit der hereditas jacens und für die Pendenz mit Rückziehung ergeben, haben dieselben auch beim Rechtsverhältnis des Verschollenen ihre Bedeutung. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass hier für die Zwischenzeit eine hereditas jacens nicht erst hinterher [1]), sondern schon vom Augenblick der gerichtlich erklärten Todesvermuthung angenommen werden muss, und dass mit dem Antritte derselben der Erbe als Subject des Vermögens zu Verfügungen über dasselbe gerichtlich legitimiert erscheint, ungeachtet der Möglichkeit späterer Annullierung derselben, soweit nicht die bona fides des Dritten eine Modification bewirkt [2]). Zwar scheint hier, eben wegen der gerichtlichen Todeserklärung,

---

[1]) Beim Vermögen des captivus erst mit dem Tode in der Gefangenschaft (l. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2), dann aber rückwärts; beim peculium castrense gar erst mit dem Antritte des vom filius fam. miles in seinem Testamente eingesetzten Erben (l. 18 pr. de stip. serv. 45, 3, l. 14 § 1 i. f. de pec. castr. 49, 17; l. 18 pr. cit. 35, 2; l. 33 pr. de acq. r. d. 41, 1), aber dann wieder rückwärts.

[2]) Vgl. § 824 a. b. G. B. (oben II. S. 282 A. 2).

schon im Voraus, d. h. vom Augenblicke der Todespräsumtion, ein Operieren mit der Persönlichkeitsfiction möglich; aber die Existenz derselben wäre ja selbst wieder eine pendente, solange der Tod nicht auch bewiesen ist; und zu solcher Ungewissheit passt nur der Begriff eines in Bezug auf sein Subject pendenten Vermögens — mag immerhin dem präsumtiven Erben (Delaten) nicht die Stellung des gemeinrechtlichen Cautionserben zukommen, sondern höchstens, u. z. auch erst, sobald er sein Erbrecht ausgewiesen, aber noch nicht die gerichtliche Einantwortung erlangt hat, die Stellung eines Curators des Nachlasses [1]). Diese Erwägungen drängen sich auch dann auf, wenn sich herausstellt, dass der für todt Erklärte zwar gestorben sei, aber früher oder später als es der Präsumtion seines Todes entspricht; da müsste die Eigenpersönlichkeit seines Nachlasses wieder um ein Stück verlängert oder verkürzt werden. —

§ 63. III. Rechtsverhältnis des nasciturus.

Es liegt sehr nahe, das Rechtsverhältnis der hereditas jacens gegenüber dem künftigen Erben in Parallele zu stellen mit dem des Vermögens, welches einem nasciturus für den Fall seiner Geburt „reserviert" ist [2]); und nicht bloss in der Literatur, sondern auch in den Quellen finden wir beide Verhältnisse (auch mit dem des captivus) zusammengestellt [3]). Unter Anderem wird die Erbeinsetzung des Sklaven eines nasciturus und die eines Erbschaftssklaven besprochen; und während Javolen, unter Berufung auf Labeo, die Möglichkeit der ersteren mit der Möglichkeit der letzteren begründet [4]), wird in Justinian's Institutionen gerade umgekehrt die Möglichkeit der letzteren zwar mit der

---

[1]) § 810 a. b. G. B., §§ 43, 122, 127, 145 d. Verlass. Pat. von 1854. (Oben II. S. 118 A. 4.

[2]) L. 3 si pars hered. pet. (5, 4): „— ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent". Vgl. dazu die Parömie: „nasciturus pro jam nato": unten S. 341 fg.

[3]) S. oben II. S. 284 A. 1, S. 285 A. 2.

[4]) L. 65 (64) de her. inst. (28, 5); oben I. S. 200 A. 3.

Personification der Erbschaft motiviert, diese Motivierung aber ergänzt durch den Hinweis auf die Möglichkeit der ersteren Erbeinsetzung [1]).

Gegen die Verwerthung der ersteren Stelle in dem Sinne, dass nach Labeo der Herr des Sklaven ebenso ein fingierter sei (Fiction der Persönlichkeit der Erbschaft), wie der des Sklaven eines postumus nach dem „bei uns eingebürgerten Satz nasciturus pro jam nato habetur", — macht Köppen [2]) geltend: einmal kenne das römische Recht die letztere Fiction überhaupt nicht; dann aber hätte gerade sie die Erbeinsetzung des Sklaven eines postumus ungiltig machen müssen, da es mit postumis aliénis bis auf Justinian keine testamentifactio gab [3]), also auch nicht mit deren Sklaven. Der Fall sei vielmehr so aufzufassen, dass der zum Erben eingesetzte Sklave des postumus selbst ein servus hereditarius war, indem er zu der dem postumus von seinem paterfamilias [4]) auf die Zeit seiner Geburt vorbehaltenen Erbportion gehörte, dessen Erbeinsetzung also nur aus der Person dieses paterfamilias giltig sein konnte. Aehnlich Scheurl: „Ein Ungeborner kann einen Sklaven nur haben, insofern er als suus et necessarius heres seines Vaters durch dessen Tod ipso jure sein Erbe und mithin Eigenthümer seiner Sklaven geworden ist" [5]).

Hiernach wäre also in obigen Stellen nur von Erbeinsetzung eines servus hereditarius die Rede, aber mit der Unterscheidung, dass der Erbe des Nachlasses, zu dem der Sklave gehört, im einen Falle ein postumus ist, im anderen Falle nicht. Dieser Auffassung gegenüber entsteht aber sofort die Frage, wieso dann die Möglichkeit der Einsetzung eines Erbschaftssklaven mit der Möglichkeit der Einsetzung eines Sklaven, der selbst zu einer Erbschaft gehört, und umgekehrt, begründet werden konnte, und

---

[1]) § 2 Inst. de her. inst. (2, 14); oben eod.

[2]) Erbschaft S. 45 fg.; Syst. I. S. 201 A. 2.

[3]) Gai. II. 242; pr. J. de B. P. (3, 10), § 26 fg. J. de leg. (2, 20). Literat. Citate: oben I. S. 345. Zum Begriffe des postumus: l. 3 § 1 de injusto (28, 3).

[4]) Ulpian fr. XXII. 19.

[5]) Beitr. I. S. 68. S. auch Markusen hered. jac. S. 65.

dies sogar ein „manifestum argumentum“ sein soll? Andrerseits lässt sich freilich auch fragen: wenn der eingesetzte Sklave des postumus nicht ein Erbschaftssklave ist, wie soll der postumus sonst einen Sklaven haben? und wenn dies möglich, wie soll dieser Sklave eingesetzt werden können, da in ihm doch schliesslich der postumus selbst eingesetzt wird, dieser aber im Verhältnis zum Testator ein postumus alienus ist [1])?

Für Javolen konnte ein Zweifel in Betreff der Einsetzungsfähigkeit des Sklaven eines postumus nur darin bestehen, dass dieser Sklave im postumus selbst noch keinen Herrn habe; er beruft sich aber auf die Einsetzungsfähigkeit des Erbschaftssklaven, „quamvis is testamenti facti tempore nullius sit“. Justinian begründet die letztere Fähigkeit mit den Worten: „nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti“ [2]), wie ja auch der Sklave eines Ungeborenen eingesetzt werden könne.

Das tertium comparationis zwischen diesen beiden Sklaven konnte nun allerdings nicht dieses sein, dass es sich in beiden Fällen um einen fingierten Herrn des Sklaven handle: im einen Fall um den postumus selbst, im anderen Falle um die hereditas.

Wie soll der postumus und eine ruhende Erbschaft auf Eine Linie gestellt werden [3])? Parallelisiert könnte doch nur

---

[1]) Als ein postumus proprius im Verhältnis zum Testator des Sklaven kann er ohnehin nicht gedacht werden: da müsste er selbst entweder exherediert oder neben dem Sklaven zum Erben eingesetzt sein, wovon keine Rede geht. Vgl. l. 12 § 1 de captiv. (49, 15): „— si forte alii vel in totum, his exheredatis testamento, vel in partem instituti sunt heredes . .“.

[2]) S. auch Gaius l. 31 de her. inst. (28, 5): oben I. S. 200 A. 3; zu den dort Citierten: Dusi l. c. S. 77 A. 2.

[3]) Da müsste, wie in die hereditas die Person des Erblassers, so in das Vermögen des postumus dessen Person hineingedacht werden (was ja auch schon geschehen ist: s. unten). Aber einmal ist dort der Erblasser das vergangene, hier der postumus das künftige Subject des Vermögens; und dann kommt der Satz „nasciturus pro jam nato“ erst hinterher, d. i. mit der lebenden Geburt zur Geltung.

werden: entweder die Erbschaft eines Verstorbenen und das Vermögen eines Ungeborenen; oder der Erbschaftsdelat als künftiger Herr des Nachlasses und der postumus als künftiger Herr des ihm reservierten Vermögens. Hiernach wäre die Einsetzung des Erbschaftssklaven deswegen analog der Einsetung des Sklaven eines postumus, weil weder ersterer in dem Delaten, noch letzterer in dem nasciturus einen gegenwärtigen Herrn hat[1]), in beiden Fällen aber der Eintritt eines solchen erwartet wird: im ersteren Falle mit dem Erbschaftsantritte des Delaten, im letzteren mit der Geburt des nasciturus.

Soll nun aber die Möglichkeit solcher Erbeinsetzung des Sklaven, „quamvis is testamenti facti tempore nullius sit", darin begründet sein, dass der zu erwartende Herr desselben in beiden Fällen dadurch als ein gegenwärtiger Herr sich darstelle, dass dort der Erbschaftsantritt auf den Zeitpunkt des Todes des Testators, hier die Nachgeburt auf den Zeitpunkt der Erzeugung zurückbezogen wird, dass also im Sklaven dessen künftiger Herr als schon gegenwärtiger Herr zum Erben eingesetzt werde: dort der Erbschaftsdelat, hier der noch Ungeborene? Das wäre doch wieder ein Operieren mit der Rückwirkung vor Eintritt der rückwirkenden Thatsache? In Betreff des Erbschaftssklaven gründen aber die Quellen gerade umgekehrt die Einsetzungsfähigkeit desselben darauf, dass die Erbschaft, zu welcher er gehört, die Person ihres Erblassers, also ihres vergangenen Subjectes, darstelle; und Justinian fügt dieser Begründung als weiteren Grund die Einsetzungsfähigkeit des Sklaven eines postumus hinzu: ein Wink, dass jene Begründung auch für diesen Fall eine Bedeutung haben müsse; und dazu kommt, dass, wenn im Sklaven des postumus dieser selbst als eingesetzt gedacht würde, mit postumis extraneis vor Justinian keine testamentifactio bestand.

In welchem Sinne ist es nun aber gemeint, wenn in den obigen Stellen von Erbeinsetzung des „servus ejus, qui in utero

---

[1]) Richtig sagt Scheurl a. a. O. S. 69: ‚Aber das ist beiden Fällen gemein, dass der einzusetzende Sklave augenblicklich keinen wirklichen der Einsetzung fähigen Herrn hat'.

est", „qui post mortem meam natus erit", gesprochen wird? Es wurde gesagt, ein postumus konnte nur dann einen Sklaven haben, wenn dieser zu der dem postumus von seinem paterfamilias (durch Testament oder Gesetz [1]) hinterlassenen Erbschaft gehörte [2]). Ist aber mit dem Mangel der Erbeinsetzungsfähigkeit des postumus alienus dessen Erwerbsfähigkeit überhaupt negiert? u. z. schon nach vorjustinianischem Rechte? Man denke an den in den Quellen häufig erwähnten Fall, dass der Hausvater mit Hinterlassung einer schwangeren Witwe gestorben ist; konnte da dem postumus nicht von Seiten eines Dritten, sei es inter vivos, sei es mortis causa [3]), ein Vermögensvortheil, z. B. auch ein Sklave zufallen? Wir brauchen uns aber mit dieser Möglichkeit kaum zu befassen, wir wollen einmal annehmen, es sei in den obigen Stellen vorausgesetzt, dass der eingesetzte Sklave zu der dem postumus von seinem Hausvater angefallenen Erbschaft gehöre. Dieser Fall war jedenfalls der häufigste, ja in einer Stelle wird er sogar ausdrücklich erwähnt [4]).

Wird also ein solcher Sklave von einem Dritten zum Erben eingesetzt, so kann die Frage, ob im Sklaven der postumus eingesetzt sei, unmöglich bejaht werden, weil dann die Erbeinsetzung (vor Justinian) ungiltig wäre, während sie in jenen Stellen für giltig erklärt wird. Wäre doch auch die Erbeinsetzung eines Erbschaftsdelaten als solchen (als „heres futurus") kaum giltig gewesen [5]). Und wie es nicht eine Erbeinsetzung der liegenden

---

[1]) Vgl. l. 30 § 6 de acquir. her. (29, 2): „— sive institutum postumum proponas, sive intestatum patrem decessisse".

[2]) S. oben II. S. 331.

[3]) Allerdings durch ein legatum früher ebenfalls nicht, wohl aber durch ein fideicommissum; Gaius II. 241, 287; §§ 26, 27 J. de leg. (2, 20). S. Mühlenbruch in Glück 39. Th. S. 384 fg., Arndts eod. 46. Th. S. 408 fg. — In Betreff der mütterlichen Erbschaft vgl. Pauli r. s. IV. 10 § 4; l. 1 § 4 ad S. C. Tert. et Orph. (38, 17); c. 4 C. de jure delib. (6, 30).

[4]) L. 29 de captiv. (49, 15): „— hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet".

[5]) Oben I. S. 198 A. 2, II. S. 72 A. 5. Vgl. auch I. S. 123 A. 3; dazu aber Sokolowski a. a. O. S. 540 fg.

Erbschaft gab [1]), so gewiss auch nicht eine Erbeinsetzung des einem postumus reservierten Vermögens; dagegen ein zu jenem oder diesem Vermögen gehöriger Sklave konnte giltig zum Erben eingesetzt werden. Und wenn nun die Einsetzung des Erbschaftssklaven ihre Kraft aus der Person des Erblassers, der den Sklaven hinterlassen hat, schöpft [2]), wird wohl auch die Einsetzungsfähigkeit des einem postumus reservierten Sklaven auf der Person des bisherigen Herrn desselben, insbes. des verstorbenen Hausvaters des postumus beruhen [3]); diesem, resp. dessen Erben verbleibt ja auch der Sklave, wenn der postumus nicht lebend zur Welt kommt.

Wie sieht es nun aber bei solcher Auffassung des servus nascituri, als eines servus patriae hereditatis, mit obiger Begründung Javolen's und Justinian's aus? Ist sie nicht ein reines idem per idem? Wir glauben nicht. Der Erbe des Nachlasses, zu welcher der von einem Dritten instituierte Sklave gehört, ist, wenn ein postumus jenes Erblassers, ein Suus et necessarius heres; wenn nicht ein postumus, kann er ein voluntarius heres sein.

Nun hätten wir zwar mit dem blossen Gegensatz des Suus und des voluntarius heres eher das Gegentheil von einer Analogie zwischen der Einsetzung des Sklaven im einen und im anderen Falle: während der Erbschaftssklave in dem Erben vor dessen Antritt noch keinen actuellen Herrn hat, hat er im Suus heres schon vom Augenblick des Todes des paterfamilias einen Herrn; im ersten Falle haben wir eine hereditas jacens, im zweiten Falle nicht [4]).

In unserem Falle aber kommt der Umstand hinzu, dass der Suus heres ein postumus ist, der vor seiner Geburt ebenfalls noch nicht als Herr des väterlichen Nachlasses betrachtet werden kann. Daher haben wir hier wieder eine hereditas jacens, so-

---

[1]) Oben I. S. 196 fg., II. S. 72, 101 A. 2. (S. auch noch Dusi l. c. S. 115.)

[2]) Oben I. S. 199 fg. (163 fg.), II. S. 63 fg., 73, 250.

[3]) Vgl. gerade die Zusammenstellung in der obigen Instit. Stelle.

[4]) S. oben I. S. 3 A. 4; S. 409, 438.

lange der postumus nicht lebend geboren ist. Dies wurde zwar von einigen Schriftstellern bezweifelt [1]), aber wie uns scheint, ohne zureichenden Grund [2]). Erworben ist einmal die Erbschaft vor der Geburt des postumus noch nicht; wollte man aber auch bezweifeln, dass eine Delation an den Ungeborenen vorliege [3]), so wäre damit eine hereditas jacens dennoch vereinbar: die Delation an den postumus wäre eben an eine gesetzliche Bedingung geknüpft. Auch beim heres voluntarius hindert der Aufschub des Erbanfalles, welcher durch die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung bewirkt wird, nicht das Vorhandensein einer hereditas jacens [4]). Kommt dann der nasciturus lebend zur Welt, so wird er ipso jure Erbe seines Vaters [5]); er gilt aber nach der Regel „nasciturus pro jam nato habetur“ als Erbe schon vom Augenblicke des Todes seines Vaters, indem seine Geburt, soweit es sich um seine Rechte handelt, auf den Zeitpunkt seiner Erzeugung zurückbezogen wird. Und sofern beim heres voluntarius ebenfalls die Rückziehung seines Erbschaftserwerbes stattfindet, erscheinen beide Fälle als gleichartig. Liegt aber dann in obiger Begründung nicht wieder ein idem per idem?

---

[1]) Scheurl z. B., nachdem er betont, dass der postumus als Suus heres seines Vaters den Sklaven erworben habe, sagt: ‚Von einer eigentlich ruhenden Erbschaft kann hier nicht die Rede sein, insofern darunter nur eine hereditas delata nondum acquisita verstanden wird.‘ (Beitr. I. S. 68 fg.) Pernice meint, es handle sich ‚nicht unmittelbar um einen Fall der ruhenden Erbschaft, sondern um hinausgeschobene Delation —‘; dieser aber müsse ‚grundsätzlich mit dem der her. jac. als gleichartig angesehen werden — —‘. (Labeo I. S. 372.)

[2]) S. Köppen Syst. I. S. 201; Dusi l. c. S. 122 fg. — Die gegentheilige Ansicht kommt auf einen Wortstreit hinaus. Die her. jac. beginnt nicht immer erst mit der Delation an eine bestimmte Person, sie beginnt mit der Eröffnung der Erbfolge. (I. S. 337 fg., II. S. 17 A. 2, S. 135 A. 2.) Strohal d. deutsche Erbrecht S. 9, 30.

[3]) Ueber Delation an den lebenden Suus heres s. oben I. S. 309 A. 3; dazu S. 410 zu A. 1 (S. 405 A. 4).

[4]) Oben I. S. 334 fg. (308 fg.), II. S. 135. Daran ändert rechtlich auch die provis. bonorum poss. sec. tab. nichts, die überhaupt Cautionsleistung voraussetzt.

[5]) Vgl. Paulus in Collat. XVI. 3 § 7 (oben II. S. 300 A. 3.

Auch diese Frage ist zu verneinen. Während beim freiwilligen Erben der Erbschaftserwerb auf den Zeitpunkt des Todes seines Erblassers zurückbezogen wird, handelt es sich beim postumus zunächst um die Rückziehung seiner Geburt auf den Zeitpunkt der Erzeugung; damit ist erst die Grundlage gegeben für den Erbschaftserwerb, der dann natürlich wieder auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückwirkt. Und jetzt erst zeigt sich der Werth jener Zusammenstellung beider Fälle in den obigen Stellen: beim postumus ist die Rückziehung seiner Geburt eine begriffliche Voraussetzung für den Erbschaftserwerb, da von einem nicht existierenden Wesen ein Erwerb nicht gemacht werden kann; und wenn nun die Möglichkeit der Erbeinsetzung des Sklaven eines postumus mit der der Einsetzung eines Erbschaftssklaven, und umgekehrt, begründet wird, so möchte sich daraus doch ein Schluss auf das Prinzip der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes ergeben.

So erledigen sich auch die von Scheurl erhobenen Bedenken. Für seine Theorie, dass im römischen Rechte die Fiction der Rückziehung des Erbantrittes die Regel bilde, aber durch die Fiction der Persönlichkeit der Erbschaft einige Modificationen erfahren habe [1]), sei von grösstem Belang die Behandlung der Erbeinsetzung des Erbschaftssklaven [2]); und da sei wieder bemerkenswerth, dass diese Erbeinsetzung „mit einem sehr verwandten Falle", nämlich mit der Einsetzung des Sklaven eines Ungeborenen in Verbindung gebracht werde. Gerade im letzteren Falle aber könnte eine strenge Durchführung der Fiction unmittelbarer Succession des Erben zu absurden Folgen führen. Zwar müsse man annehmen, dass das Eigenthum des geborenen Kindes am Sklaven der väterlichen Erbschaft schon mit dem Tode des Vaters begonnen habe (successio); wollte man aber daraus auch folgern, dass der Sklave im Augenblicke seiner Erbeinsetzung einen postumus zum Herrn hatte, der für den Testator ein postumus alienus war, so gienge dem Kinde mit seiner Geburt diese

---

[1]) Beitr. I. S. 53 fg., 59 fg. (oben I. S. 75 fg., II. S. 213).

[2]) Das. S. 67 fg. (dazu oben II. S. 249 A. 2).

Erbschaft wieder verloren [1]). Die Fiction der Rückwirkung des Erbschaftserwerbes beziehe sich nur auf das Verhältnis des Erben zur Erbschaft, nicht auf seine eigenen persönlichen Zustände; daher gelte zwar der postumus als Erbe seines Vaters von dessen Tode an, aber die Einsetzung desselben vor seiner Geburt wäre dennoch die Einsetzung eines postumus alienus und würde durch die Rückwirkungsfiction unmöglich zu Kraft kommen können [2]).

Hiernach soll also das nachgeborene Kind als postumus proprius die väterliche Erbschaft und damit den Sklaven ipso jure schon vom Augenblicke des Todes seines Vaters erworben haben; es soll aber diese Rückziehung des Eigenthumserwerbes nicht auch die Erbeinsetzung jenes Sklaven seitens eines Dritten zur Einsetzung eines postumus alienus qualificieren und daher ungiltig machen. Dies mag sachlich richtig sein, aber man frägt nach dem Grunde. Wenn der Nachgeborene vom Tode des Vaters an dessen Erbe und Eigenthümer des Sklaven ist, warum ist dann in diesem Sklaven vom dritten Testator nicht der postumus selbst, als postumus alienus eingesetzt? Soll er als Eigenthümer nicht Jedermann gegenüber gelten? Und umgekehrt: wie soll er Erbe und Eigenthümer schon vom Tode der Vaters an sein, wenn nicht auch in Bezug auf seine persönliche Eigenschaft eine Rückziehung stattfindet [3])? Die Rückwirkung des Eigenthumserwerbes soll durch den Begriff der successio bedingt sein; wie soll sie aber dann ohne Einfluss sein auf die Einsetzung des Sklaven durch den Dritten? Der Grund soll darin liegen, dass die Rückwirkungsfiction durch durch die Persönlichkeitsfiction modificiert worden sei; wie soll aber letztere Fiction hier möglich sein, wenn keine hereditas jacens angenommen wird [4])?

Die Lösung scheint uns in Folgendem zu liegen. Der postumus alienus ist (vor Justinian) erbeinsetzungsunfähig. Im vor-

---

[1]) Das. S. 68, 69.
[2]) Das. S. 86.
[3]) Hierüber s. oben I. S. 247 A. 4, II. S. 35 A. 2, S. 159 A. 3.
[4]) Oben S. 336 A. 1.

liegenden Falle ist nicht er, sondern der ihm als postumus proprius mit der väterlichen Erbschaft „reservierte" Sklave vom Dritten eingesetzt. Diese Erbeinsetzung ist im Hinblick auf den verstorbenen Herrn des Sklaven, den Hausvater des postumus, giltig erfolgt. Kommt der postumus lebend zur Welt, so gilt er, wegen der ihm vorbehaltenen Rechte, als geboren vom Augenblick seiner Erzeugung. Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass er vom Zeitpunkte des Todes seines Vaters ipso jure als dessen Erbe und als Eigenthümer des Sklaven erscheine. Aber dieser Umstand vermag nicht die im Hinblick auf den verstorbenen Hausvater giltig erfolgte Einsetzung des Sklaven hinterher als Einsetzung des postumus (alienus) zu qualificieren, — so wenig als die Einsetzung eines Erbschaftssklaven mit dem Antritt des Erben zur Einsetzung dieses Erben wird —. Die persönliche Fähigkeit des Successors kommt nur für die Ertheilung des jussus an den Sklaven zum Antritt der Erbschaft in Betracht [1]; diesen aber kann der nun Nachgeborene zweifelsohne ertheilen, sofern ihm nicht aus einem anderen Grunde die testamenti factio gegenüber dem Testator des Sklaven fehlt. —

§ 64. Fortsetzung.

Wir sind in Betreff der Zusammenstellung der Einsetzung des Erbschaftssklaven mit der des Sklaven eines postumus zu folgendem Ergebnis gelangt. Soweit beide Fälle im Wesentlichen identisch sind, kann die Giltigkeit der einen Einsetzung mit der der anderen nicht begründet werden. Gleichartig aber sind beide Fälle in dem, dass der Sklave hier wie dort augenblicklich noch keinen actuellen Herrn hat; dass der künftige Herr in beiden Fällen ein Erbe ist; dass die Einsetzung des Sklaven nicht aus der Person seines künftigen Herrn, sondern aus der seines bisherigen Herrn zu beurtheilen ist; dass der künftige Herr zwar im einen Falle ein heres voluntarius, im anderen Falle ein Suus heres ist, dass aber, weil letzterer erst

[1]) S. oben II. S. 240 fg., 250 fg.

nasciturus, auch hier eine hereditas jacens vorliegt; dass endlich in beiden Fällen mit dem Eintritt des künftigen Herrn eine Rückwirkung des Eigenthumserwerbes stattfindet.

Ein Unterschied hingegen liegt darin, dass im einen Falle der künftige Herr bereits ein selbständiges menschliches Wesen ist, es sich also hier nur um Rückziehung seines Erbschaftserwerbes handeln kann; im anderen Falle aber derselbe noch nicht als Mensch, als Person existiert, es sich also hier zunächst um Rückziehung seiner Existentwerdung handelt und erst dadurch um Rückwirkung des Erbschaftserwerbes: erstere wegen letzterer, letztere mittels ersterer. Dagegen kann ein Unterschied nicht darein gesetzt werden, dass es sich im einen Falle um ein personificiertes Vermögen (hereditas) handle, im anderen Falle nicht; denn wir nehmen ja hier auch im Vermögen des postumus eine hereditas an.

Es herrscht aber auch über jene Differenz in Betreff der Rückziehung keine Meinungsübereinstimmung; denn wie beim heres voluntarius die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes von Vielen geleugnet wird, so wird beim postumus die Rückziehung der Geburt vereinzelt in Abrede gestellt. Allerdings wäre es dann für unseren Fall consequenter, auch den ipso jure erfolgenden Erbschaftserwerb des postumus nicht an den Zeitpunkt des Todes seines Vaters zu knüpfen; aber das geschieht dennoch meistens[1]), und in der That ist es schwer, dieser Rückziehung zu entgehen. Man denke nur an den Fall, dass der postumus einen Miterben hat: ist auch dieser ein Suus heres, der den Vater im Augenblick seines Todes ipso jure beerbt, soll der postumus für die ihm reservierte Erbportion erst vom Augenblick seiner Geburt als Erbe gelten[2])? Und soll, wenn er nicht lebend zur Welt kommt, diese Portion erst von jetzt an dem Miterben gehören[3])?

---

[1]) Vgl. Scheurl Beitr. I. S. 69, 86 (oben S. 338).

[2]) S. oben I. S. 253 fg.; S. 455 A. 1.

[3]) L. 7 pr. de reb. dub. (34, 5): „— si quidem natus non erit (sc. postumus), minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto". Dazu auch ll. 31, 38, 55, 67 de acquir.

Die Rückziehung dieses Erbschaftserwerbes ist natürlich nur eine Rückziehung bis zum Tode des Erblassers. Wir betrachten aber als eine begriffliche Voraussetzung derselben die Rückziehung der Geburt des postumus bis zum Zeitpunkte seiner Erzeugung, weil die Existenz einer Person doch die Voraussetzung für einen Erwerb derselben bildet.

Was nun aber den Satz „nasciturus pro jam nato habetur“ [1]) betrifft, so wurde behauptet, dass das römische Recht diesen „bei uns eingebürgerten Satz“ gar nicht kenne, sondern in den betreffenden Stellen nur „die für den erwarteten Menschen im Recht getroffene Fürsorge“ ausspreche [2]). Wir sind anderer Meinung. Jener Satz tritt uns in zahlreichen Quellenstellen entgegen[3]), bald wörtlich gleichlautend, bald in unwesentlicher Um-

---

her. (29, 2); l. 16 § 2 de leg. I. Vgl. Krieg Delation d. Erbsch. im Falle einer Todtgeburt; Strohal Transmission p. c. S. 61 fg., 66 fg.; Leist a. a. O. S. 200 fg.

[1]) Savigny Syst. II. S. 12 fg.; Pernice Labeo I. S. 196 fg., S. 203 fg.; dazu die verschiedenen Pandektensysteme. — Für das österreichische Recht (§ 22 a. b. G. B., dazu Ofner Urentwurf I. S. 44 § 43, S. 210 § 257): Unger I. § 26; Krainz (Pfaff) Syst. I. § 67; Burckhard Syst. II. § 24. Vgl. das bürg. G. B. f. d. deutsche R. §§ 1; 1912, 1918; 1923.

[2]) Köppen Erbsch. S. 46; Syst. I. S. 201 A. 1; dazu A. 1.

[3]) Gaius I. 147: „Quum in conpluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur, —“. L. 30 § 1 de adquir. her. (29, 2): „— Quoniam mortis tempore qui in utero est, — — — — pro jam nato habetur“. L. 2 § 6 de decurion. (50, 2): „— medium tempus illi prodesse veluti jam nato —“. L. 231 de V. S. (50, 16): „Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non prodest nisi natus.“ L. 7 pr. de ventre in possess. (37, 9): „— ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est“. L. 7 de statu homin. (1, 5): „Qui in utero est, perinde, ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit“. L. 26 eod.: „Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse; nam et legitimae hereditates his restituuntur“. L. 7 de Suis et legit. (38, 16): „— quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur“. L. 8 i. f. de liber. et postum.

schreibung. Was aber den wissenschaftlichen Werth der darin enthaltenen Fiction betrifft, so kommt es, wie überall, nur darauf an, den wahren Sinn derselben festzustellen. Wenn betont wird, dass die Existenz des Menschen als solchen erst mit der Geburt beginne, so mag das ebenso richtig sein, als es nichts beweist. Gebrauchen wir statt des Wortes „Mensch" das Wort „Person" [1]). Auf dem Rechtsgebiete gibt es auch sog. Personen, die keine Menschen sind; umgekehrt hat es Menschen gegeben, die keine Personen waren [2]); und wenn die Persönlichkeit des Menschen im Interesse seines Nachfolgers über seinen Tod hinaus verlängert wird [3]) — allerdings nur in dem oben entwickelten Sinne [4]) —: warum sollte sie nicht auch in seinem eigenen Interesse von der Geburt zurückdatiert werden können? Der Satz: „das Leben des Menschen beginnt mit seiner Erzeugung" mag zu bemängeln

---

28, 2): „— quum est natus filius, loco ejus est, qui superstes est". L. 129 de V. S. (50, 16): „Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt". Vgl. noch l. 18 quando dies leg. (36, 2) — Ansichten bei Strohal Transmission S. 33 —; l. 2 pr., l. 12 de collat. (37, 6); l. 187 de R. J. (50, 17). — Das österr. allg. bürg. Ges. B. § 22 sagt: „Selbst ungeborne Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so weit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein todtgebornes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden". (Literatur oben S. 341 A 1.

[1]) Unger I. S. 233 sagt (unter Berufung auf Rudorff zu Puchta's Pand. § 114 A. 6): „Vermöge dieser Fiction hat der Ungeborene schon Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit, aber keine natürliche, sondern nur eine fingirte. Insofern kann man allerdings sagen, mit der Geburt fange zwar der Mensch, nicht aber erst die Person an".

[2]) Schön lautet das Gegentheil im österr. allg. b. Ges. B. § 16: „Jeder Mensch — ist — als eine Person zu betrachten". Vgl. Unger I. S. 252 fg.; S. 313 fg.

[3]) Vgl. Puchta Pand. § 115 A. a; Unger I. S. 235 A. 1 Kuntze Obl. u. Sing. Succ. S. 379; Berger krit. Vers. S. 80, 82.

[4]) Oben II. S. 63 fg.

sein, sofern dem Kinde im Mutterleibe noch das Moment der Selbständigkeit fehlt, dasselbe noch als Theil der Mutter erscheint[1]). Dass aber der nasciturus auch nicht rechtlich als „Person" sollte behandelt werden, vorausgesetzt, dass er lebend zur Welt kommt, das hiesse den Zweck im Rechte verkennen und die praktischen Bedürfnisse einem Formalismus opfern. Durch die Fiction, dass der Erzeugte als bereits geboren gelte, wird an der natürlichen Wahrheit in Betreff des Beginnes der menschlichen Persönlichkeit gar nichts geändert, sie bedeutet nur, dass der Ungeborene rechtlich so behandelt werde, wie wenn er schon geboren wäre („perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur")[2]). Diese Rückziehung der Geburt ist die begriffliche Voraussetzung für den Erwerb von Rechten seitens des Ungeborenen; sie besteht nur für diesen Zweck („quotiens de commodis ipsius partus quaeritur", „quum de ipsius jure quaeritur"), nützt also dritten Personen nichts („aliis autem non prodest"; „quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit"). Sie hat ihre vorzüglichste Bedeutung für den Anfall einer Erbschaft[3]) oder eines Vermächtnisses; und wo der Erbschaftserb ipso jure erfolgt, liegt beim postumus die Rückziehung des Erwerbes auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers schon in der Rückziehung der Geburt auf den Zeitpunkt der Erzeugung[4]).

---

[1]) L. 1 § 1 de inspiciendo (25, 4): „— partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum"; l. 9 § 1 ad leg. Falc. (35, 2): „— quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur". Vgl. c. 14 C. de fideicomm. libert. (7, 14): „— qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speratur . ." Pernice Labo I. S. 196 fg.

[2]) Vgl. wieder die bekannte Stelle von Gaius III. 194; auch eod. 56 i. f. Oben I. S. 47, 65, 104, 448; II. S. 10, 39, 43, 133, 237, 241. S. auch Mühlberg de peculio castr. non retrotrah. §§ 1, 2.

[3]) L. 3 si pars hered. (5, 4): „— sicut apparet in jure hereditatium . ."; l. 26 de statu hom. (1, 5): „— nam et legitimae hereditates his restituuntur".

[4]) Vgl. § 1923 des bürg. Ges. B. f. d. deutsche Reich: „Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren". Strohal d. deutsche Erbrecht (1896) S. 4 fg.

Wenn vorhin von Anerkennung einer Persönlichkeit vor der Geburt gesprochen wurde, so ist aber nicht zu übersehen, dass dieselbe erst hinterher erfolgt, sobald der nasciturus lebend geboren wird. Dieser Punkt ist wichtig zur Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Lage des einem postumus vorbehaltenen Vermögens. Eine Construction läge offenbar darin noch nicht, dass man sagte, jener Satz habe nur die Bedeutung, dass dem Ungeborenen „gewisse Rechte auf die Zeit seiner Geburt vorbehalten und aufbewahrt werden“ [1]). Das ist zweifellos richtig und die Quellen sagen es ebenfalls [2]); aber wir wollen die juristische Form wissen, in welcher dieser Zweck erreicht wird. Haben wir es mit einer juristischen Person zu thun? Wird das dem postumus vorbehaltene Vermögen personificiert, bezw. der nasciturus als Subject desselben fingiert? Bekanntlich hat Rudorff [3]) eine solche Ansicht vertreten, indem er betonte, dass der Ungeborene eine juristische Persönlichkeit habe wie die hereditas. Auf den Einwand Windscheid's [4]), dass der Ungeborene dann erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre, antwortet Rudorff [5]), dass dies nicht daraus folge. Darauf erwiedert Windscheid [6]): wozu dann die juristische Persönlichkeit? Und Rudorff [7]) antwortet, dass der Ungeborene allerdings Rechte erwerbe, zu deren Erwerb keine menschliche Persönlichkeit und Willensthätigkeit erforderlich ist [8]).

Der entscheidende Punkt in dieser Controverse [9]) scheint uns darin zu liegen, dass Rudorff die Persönlichkeit des postumus

---

[1]) Köppen Erbsch. S. 46.

[2]) L. 3 si pars hered. (5, 4): ‚Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent . . .‘

[3]) Zu Puchta's Pand. § 114 A. b.

[4]) Pand. I. § 52 A. 5.

[5]) A. a. O. (folgende Aufl.).

[6]) A. a. O.

[7]) A. a. O.

[8]) Vgl. in Betreff der hereditas: oben I. S. 46, 85, 116, 146, 158.

[9]) S. auch Brinz Pand. 2. Aufl. I. S. 172 fg.; Bekker Syst. I. § 45; Regelsberger Pand. I. § 58 S. 242. Vgl. ferner Kuntze

antecipiert, also mit derselben schon vor Eintritt der Geburt operiert, während sie erst mit dieser entsteht, dann aber zurückdatiert wird, bis dahin also in suspenso war[1]). Des Weiteren kommt in Betracht, dass das, was dem postumus „vorbehalten" wird, nicht immer ein ganzes Vermögen bilden muss, dass auch ein einzelnes Vermögensstück in Frage kommen kann; dass es sich bei dem einem nasciturus von seinem verstorbenen Hausvater anfallenden Nachlass oder Theile des Nachlasses, wie oben betont wurde, geradezu um eine hereditas jacens handelt, dass aber auch andere Vermögenszuwendungen an denselben nicht ausgeschlossen sind[2]). In welcher rechtlichen Lage also befindet sich ein solches dem postumus reserviertes Vermögen?

Dass eine zu Gunsten des nasciturus lautende vermögensrechtliche Verfügung giltig sei, ist ebenso gewiss, als es gewiss ist, dass sie unter der conditio juris lebender Geburt des Honorierten stehe[3]). Wir haben es also zweifellos mit einem sogenannten gebundenen Vermögen zu thun; insbesondere sind die dazu gehörigen körperlichen Sachen nicht rechtlos, obzwar herrenlos in dem Sinne, dass sie vorläufig eines actuellen Herrn entbehren. Allerdings ist der Begriff des gebundenen Vermögens ein solcher, der sich in verschiedenen juristischen Formen realisieren kann, daher noch nicht eine bestimmte Construction involviert[4]). Ihering gedenkt unseres Falles nur als eines Analogons seiner „passiven Gebundenheit als Vorstadium zukünftiger Rechte"[5]); es möchte uns aber bedünken, dass „der der Be-

---

Oblig. u. Sing. Succ. S. 379, 380; Berger krit. Beitr. S. 79, 80; Ihering Scherz u. Ernst S. 13 fg.

[1]) Vgl. l. 7 pr. im Dig. Titel de reb. dubiis (34, 5),

[2]) L. 3 cit. (5, 4): „— omnia ei jura integra reservarent, sicut apparet in jure hereditatium . .“; l. 26 cit. (1, 5): „— in toto paene jure civili . . . .; nam et legitimae hereditates . . .“; l. 7 pr. cit. (37, 9): „— in omnibus partibus Edicti . .“; Gaius I. 147: „— in conpluribus aliis causis . .“.

[3]) Und wäre diese Bedingung vom Auctor des Vermögens ausdrücklich gesetzt, so wäre sie dennoch eine conditio tacita.

[4]) S. oben II. S. 2 fg. Regelsberger I. § 15, § 118.

[5]) Pass. Wirk. S. 244, 266.

stimmung des Rechtsobjects für das künftige Rechtssubject entsprechende Zustand der Gebundenheit desselben“ [1]) gerade auf das dem postumus reservierte Vermögen zutreffen würde. Die Quellen betonen auch wiederholt die Hoffnung, Erwartung, dass der nasciturus lebend zur Welt kommen werde [2]), ein Gesichtspunkt, den Ihering in Betreff der Rechtsverhältnisse des captivus energisch geltend macht [3]). Aber die Annahme bloss der passiven Seite der Rechte ohne die Rechte selbst begegnet auch hier den bekannten Bedenken [4]).

Als eine bestimmte Construction des Verhältnisses stellt sich dar die des Pendenz- oder Schwebeverhältnisses [5]); und die passive Gebundenheit des Objects erscheint dann erst als Folge des Pendenzverhältnisses [6]). Die Pendenz betrifft das Subject des Vermögens: ob als solches der postumus selbst, oder aber der Auctor desselben bezw. dessen anderweitige Erben zu betrachten seien. Diese incertitudo wird zwar in den Quellen (nach stoischer Auffassung) als eine nur subjective bezeichnet, zugleich aber erklärt, dass es nur auf erstere ankomme [7]). Sobald nun diese Ungewissheit der Gewissheit weicht, u. z. durch Deficienz der conditio juris, d. h. wenn der nasciturus todt zur Welt kommt oder gar nicht vorhanden war, dann ist es klar, dass das ihm gewidmete Vermögen seinem Auctor bezw. dessen Erben verblieben ist; wenn aber durch Erfüllung der conditio, d. h. wenn der nasciturus lebend geboren wird, so muss consequent dieser selbst von Anfang als Subject des Vermögens

---

[1]) Eod. S. 207.

[2]) L. 1 § 5 de B. P. contra tab. (37, 4); l. 1 pr. § 9 de ventre in poss. (37, 9); l. 7 de manum. testam. (40, 4); l. 231 de V. S. (50, 16); l. 2 pr. de Suis (38, 16); c. 4 C. de fideicomm. lib. (7, 14).

[3]) A. a. O. S. 206. Vgl. aber Pernice Labeo I. S. 196 zu A. 2.

[4]) Oben I. S. 50 fg., II. S. 2 A. 2.

[5]) Vgl. l. 2 § 7, l. 10 § 1 ad S. C. Tertull. (38, 17); l. 3 cit. (5, 4).

[6]) Ihering bringt übrigens die beiden Gesichtspunkte der passiven Gebundenheit und der Suspension beim captivus in enge Verbindung: a. a. O. S. 207, 208.

[7]) S. oben I. S. 253 fg.; II. S. 61 fg.

betrachtet werden [1]). Und nur ein anderer Audruck dafür ist der Satz: „Der Ungeborene gilt als bereits geboren, soweit es sich um seinen Vortheil handelt und sofern er lebend zur Welt kommt"; nüchterner ausgedrückt: „medium tempus illi prodesse veluti jam nato".

Die Anwendung dieses Ergebnisses auf den Fall der hereditas jacens scheint uns nun nicht mehr ferne zu liegen. Wie das für einen postumus bestimmte Vermögen demselben „reserviert" wird, in der Hoffnung, dass er lebend geboren werde, so heisst es vom einzelnen Erbschaftsstücke, dass es „universo hereditatis jure retinetur", natürlich wegen seiner Zweckbestimmung für den berufenen Erben [2]). Wie aber dort es sich nur um ein Uebergangsstadium („medium tempus") handelt, welches von dem nachher Geborenen als ausgefüllt gedacht wird, so wird auch das „vacuum tempus" der hereditas jacens von dem später antretenden Erben überbrückt. Vorher besteht in beiden Fällen ein Verhältnis der Pendenz: dort zwischen dem nasciturus und dem Auctor des Vermögens bezw. seinen Erben; hier zwischen dem Erben und dem, welcher an seine Stelle tritt, bezw. Herrenlosigkeit. (Letztere Pendenz besteht auch beim postumus dann, wenn der Auctor des Vermögens ein Erblasser war.) Inzwischen schöpft das Vermögen seine „Kraft" („vires") aus der Person des Auctors (der bei der hereditas der Erblasser ist, daher sie personificiert erscheint); dasselbe ist demnach auch einer Vermehrung fähig, nach römischem Rechte insbesondere durch dazu gehörige Sklaven. Stand nun die Erbeinsetzungsfähigkeit eines solchen Sklaven für den einen Fall fest, „quamvis is testamenti facti tempore nullius sit", so konnte sie für die Einsetzungsfähigkeit desselben im anderen Falle immerhin als „manifestum argumentum" bezeichnet werden [3]).

---

[1]) Vgl. bes. l. 7 pr. de reb. dub. (34, 5).
[2]) Vgl. Pernice Labeo I. S. 201.
[3]) Oben II. S. 230 fg.

§ 65. IV. Rechtsverhältnis des filius familias miles.

Von dem Institute des peculium castrense interessiert uns hier wieder nur das zwischen dem Hausvater einerseits, und dem Haussohne bezw. dessen Erben andrerseits obwaltende Pendenzverhältnis. In Bezug auf die historische Entwickelung und die dogmatische Ausgestaltung des Instituts im Einzelnen sei auf das Hauptwerk über dasselbe von H. Fitting [1]) verwiesen, in welchem sich auch ein vollständiges Verzeichnis der einschlägigen Quellen findet [2]).

Das erwähnte Pendenzverhältnis resultiert aus folgenden Bestimmungen. Durch kaiserliche Privilegien [3]) hat der filius familias miles das Recht erhalten, über sein sog. peculium castrense [4]) testamentarisch zu verfügen; machte er von diesem Rechte Gebrauch, dann war sein castrensisches Vermögen, vorausgesetzt, dass die eingesetzten Erben auch antraten, von seinem Tode an eine hereditas, die Eingesetzten succedierten jure hereditario [5]); starb hingegen der Sohn ohne Hinterlassung eines Testamentes, oder gelangte das Testament nicht zur Wirksamkeit, so verblieb das castrensische Vermögen dem Vater so, wie wenn es von Anfang einen Theil seines eigenen Vermögens gebildet hätte, also jure peculii [6]) [7]).

---

[1]) H. Fitting das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871. (Hierüber Windscheid krit. Viertelj. Schr. 13. Bd. S. 253 fg.; Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. 10. Bd. S. 179 fg.) Ausser den verschiedenen Werken über röm. Rechtsgeschichte, Pandekten und Familiengüterrecht s. noch: Fitting Rückzieh. S. 9 fg.; Muehlberg de peculio castrensi non retrotrahendo dissert. 1866; Wächter schweb. Eigenthum S. 18 fg.

[2]) A. a. O. S. XXVIII. fg.

[3]) A. a. O. S. 11 fg.

[4]) A. a. O. S. 24 fg.

[5]) A. a. O., besonders S. 190 fg.

[6]) A. a. O., bes. S. 249 fg.; Rückzieh. S. 11 und A. 14.

[7]) Ihering Abhandl. S. 171 A. 1 erwähnt als eine analoge Pen-

Ein Pendenzverhältnis besteht also einmal nach dem Tode des Haussohnes während der Deliberation der von ihm eingesetzten Testamentserben zwischen diesen und dem Hausvater in Betreff des Eigenthums am castrensischen Vermögen. Aber auch bei Lebzeiten des Haussohnes, obzwar dieser nach der späteren Entwickelung des Instituts als Eigenthümer des castr. Vermögens zu betrachten ist[1]), scheint wegen des eventuellen Heimfallsrechts des Vaters[2]) eine Art Pendenzverhältnis zwischen diesem und dem Sohne selbst zu bestehen.

Das Obwalten einer Pendenz mit Rückwirkung konnte für den ersteren Fall kaum je ernstlich bezweifelt werden[3]); und auch für den zweiten Fall wurde und wird ein Pendenzverhältnis vielfach angenommen, aber allerdings in verschiedener Weise gedacht: bald in dem Sinne, dass eigentlicher Eigenthümer des pec. castr. auch bei Lebzeiten des Sohnes der Vater sei, dass zwar dieses Eigenthum durch das Privileg des Sohnes zu gänzlicher Unwirksamkeit herabgedrückt werde, dass es aber bei testamentslosem Ableben des Sohnes wieder seine volle Wirksamkeit erhalte[4]); bald in dem Sinne, dass das pec. castr. im Eigenthum des Sohnes stehe, aber dann, wenn dieser ohne Testament vor dem Vater stirbt, als ein gewöhnliches peculium (profecticium[5])) behandelt und rückwärts als Eigenthum des Vaters betrachtet werde[6]).

denz zwischen Erwerb jure peculii und Erwerb jure hereditatis den Fall der Beerbung eines Latinus Junianus nach Gaius III. 56 fg. Vgl. auch Fitting c. p. S. 135 A. 7.

[1]) Fitting c. p. S. 149 fg.

[2]) Diesem Heimfallsrecht wird das castr. pec. definitiv entrückt einmal durch die testam. Beerbung des Sohnes, dann durch Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Lebzeiten des Sohnes. Fitting c. p. S. 184 fg.

[3]) Fitting c. p. S. 289 fg. (bes. A. 2 gegen Retes und Glück), 295 fg., 312; Rückzieh. S. 13, 14 A. 15; Wächter schweb. Eigenth. S. 22 fg.

[4]) Literatur bei Fitting c. p. S. 321 fg.

[5]) Das „non esse ab eo (sc. patre) profectum“ in l. 9 de castr. pec. im Sinne von „non recessisse ab eo“ genommen, s. die Glosse.

[6]) Literatur bei Fitting c. p. S. 332 fg. (zu A. 11 s. jetzt die 2. Aufl. v. Brinz IV. § 537 S. 114).

Nach Fitting entspricht die erstere Auffassung dem Stande der älteren, die letztere Auffassung dem Stande der neueren römischen Jurisprudenz [1]). Er selbst, der früher auch für die Zeit vor dem Tode des Haussohnes ein Pendenzverhältnis angenommen hatte [2]), ist jetzt der Ansicht, dass keine jener beiden Constructionen dem thatsächlichen Rechtsstoffe vollständig gerecht werde [3]), dass aber überhaupt von einer einheitlichen juristischen Construction im strengen Sinne nicht die Rede sein könne, man sich vielmehr damit begnügen müsse, die von den classischen Juristen aufgestellten Sätze auf einige einfache Regeln zurückzuführen, in dem Sinne, dass zwar auf Grund der kaiserlichen Privilegien der Haussohn auch im Rechtssinn als Eigenthümer des pec. castr. zu betrachten sei, dass aber, soweit es den Interessen und Rechten des Sohnes nicht widerspricht, zu Gunsten des Gewalthabers immer noch das frühere Recht angewendet werde [4]).

Diese Formulierung bringt, wie uns bedünkt, doch auch nur „den Gegensatz der gemeinen nnd einer mit ihr streitenden singulären Rechtsregel“ [5]) zum Ausdruck. Es kommt aber auch in Betracht, das die neueren römischen Juristen das ganze Rechtsverhältnis als ein Schwebeverhältnis mit nachträglicher Rückziehung hinstellen. Das gibt auch Fitting zu, und er erklärt sich namentlich gegen Mühlberg, der hier jede Rückziehung in Abrede stellen will [6]). Er meint aber andrerseits, dass die Verwendung des Rückwirkungsbegriffes für die römischen Juristen nur ein theoretisches „Auskunftsmittel“ war zur Vermittelung des Gedankens, dass, so oft das castrensische Vermögen dem Vater verbleibt, noch immer das alte Recht zu gelten habe, wonach der Vater als Eigenthümer desselben erscheine, dass da-

---

[1]) A. a. O. S. 129 fg.; Rückzieh. S. 11 A. 14.

[2]) Rückzieh. S. 10 fg., 14 fg., 20.

[3]) Castr. pec. S. 324 fg., S. 334 fg.

[4]) Ebendas. S. 337 fg.; 136 fg., 286 fg.

[5]) Das. S. 331.

[6]) Mühlberg a. a. O. § 3 (§§ 1, 2), §§ 4 fg.; dagegen Fitting castr. pec. S. 289.

her auch Verfügungen, die der Vater über dieses Vermögen bei Lebzeiten des Sohnes getroffen, für jenen Fall als giltig zu betrachten seien. Die Schwierigkeit habe darin bestanden, dass gewisse derartige Verfügungen — Freilassung von Sklaven, Vindicationslegate — das Eigenthum des Disponenten im Augenblicke seiner Verfügung verlangen, während nach der neueren Auffassung der Sohn selbst Eigenthümer war. Daher habe man sich der Gedankenform bedient, dass in jenem Falle dem Vater das Eigenthum schon rückwärts zustand, analog dem postliminium, dass also ein Schwebeverhältnis vorlag [1]).

Diese Auffassung steht bei Fitting im engen Zusammenhang mit seiner Theorie über die historische Entwickelung des Instituts des peculium castrense [2]), ohne übrigens, wie wir glauben, durch letztere bedingt zu sein. Ihr schliesst sich auch Wächter an, der das Vorhandensein eines objectiv schwebenden Eigenthums beim pecul. castr. im Hinblicke auf die Rechte des Haussohnes an demselben negiert, obzwar er wiederholt von einer „eigenthümlichen Rückwirkung" spricht [3]).

Unsere Ansicht ist folgende. Es muss einerseits zugegeben werden, dass sich in den vorhandenen Quellen eine Entwickelung unseres Instituts kundgibt, der zufolge in der Zeit vor Kaiser Hadrian das castrensische Vermögen noch — wenigstens de jure — als Eigenthum des Hausvaters sich darstellt, während es in der darauf folgenden Zeit im Hinblicke auf die erweiterten Rechte

---

[1]) Das. S. 137 fg., 142, 266 fg., 268, 271 fg., 320 fg. Wir begegnen hier einer ähnlichen Erscheinung wie beim Satz von der Rückziehung des Erbschaftserwerbes, den man ebenfalls auf einen blossen ‚Gedankenzug' zurückführen wollte: S. oben I. S. 84 fg.

[2]) A. a. O. S. 92 fg. (in A. 1 insbes. gegen Mühlberg l. c. p. 60 fg.) Fitting unterscheidet das ursprüngliche Rechtsverhältnis des p. c. (S. 98, 99), die Gestaltung seit der durch kaiserliche Verordnungen dem Sohne verliehenen Testierbefugnis (S. 99—148), die Veränderungen seit Hadrian (S. 124—148); die Gestaltung des Rechtszustandes zur Zeit des Alexander Severus (S. 149—339); endlich die Entwickelung der späteren Zeit (S. 340—387). Vgl. Windscheid a. a. O. S. 254 fg.

[3]) Schwebendes Eigenthum S. 18 fg., 21 fg. (Pand. I. § 69, IV. S. 345 A. 3).

des Sohnes sich zu einem Eigenthum des Sohnes qualificiert und als solches von der römischen Jurisprudenz geradezu bezeichnet wird [1]). Andrerseits wird aber zugestanden, dass auch in der ersteren Periode das Recht des Vaters bei Lebzeiten des Sohnes kaum mehr als ein nudum jus war, welches nur bei testamentslosem Ableben des Sohnes zu einem materiellen Gehalt gelangte, und dass umgekehrt auch in der späteren Zeit das Recht des Sohnes wenigstens insofern nicht eine plena proprietas darstellt [2]), als es mit bedingter Revocabilität zu Gunsten des Vaters behaftet ist. Diese Revocabilität ist überdies von den römischen Juristen als eine solche gedacht, die ex tunc, nicht erst ex nunc wirkt; denn sie charakterisieren den eventuellen Eintritt des Vaters als einen Heimfall jure peculii, bei dem er nichts erwerbe, sondern nur nichts verliere [3]). Vom Standpunkte der früheren Zeit könnte man

---

[1]) Stellen bei Fitting c. p. S. 150 fg, dazu S. 159 (S. 101, S. 105 A. 2).

[2]) In l. 15 § 4 de castr. pec. (49, 17) wird in einem anderen Sinne dem Sohne „plena proprietas" zuerkannt.

[3]) Dieser Standpunkt ist natürlich auch nicht auf einmal zum Durchbruch gekommen. Sehen wir von den älteren römischen Juristen ganz ab (Fitting c. p. S. 104, 130, 141 fg., 180, 303 fg., 327, 354 fg., Rückzieh. S. 12 A. 14; in Betreff der l. 18 § 1 de castr. pec. von Maecian s. oben II. S. 47), so möchten wir nur hinweisen auf Tryphonin in l. 19 §§ 3, 5 de castr. pec., wo in Betreff der einem servus castrensis vom Vater testamentarisch ertheilten Freiheit die beiden Fälle, dass der Sohn ab intestato gestorben ist (§ 3), und dass die von ihm eingesetzten Erben nicht antreten (§ 5), verschieden beurtheilt werden (vgl. Fitting c. p. S. 308 fg.; S. 132 A. 3, 137 fg., 266 fg., 290 A. 2, 329 fg., 339; Rückz. S. 14 A. 15; s. auch oben II. S. 108 A. 4); ferner auf Papinian in l. 14 §§ 1, 2 eod., u. z. in Betreff des von einem servus castr. während der Deliberation der Testamentserben des Sohnes entweder durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (§ 1) oder durch ein Legat (§ 2) gemachten Erwerbes (vgl. Fitting c. p. S. 295 fg.; S. 139, 290 A. 2; Rückz. S. 14 A. 15; oben II. S. 46); ferner auf Papinian in l. 18 pr. de stip. serv. (45, 3) in Betreff des Falles, dass der während jener Deliberation stipulierende servus castr. dem Sohne nur zu einem Theile gehört (vgl. Fitting c. p. S. 300 fg.; in Bezug auf diese Entscheidung, welche Salkowski Sklavenerwerb S. 115 eine „höchst befremdliche Entscheidung" nennt, dürfte zu Fitting's Bemerkungen S. 303 fg. auch auf die

analog von einer Revocabilität des ohnehin ziemlich inhaltslosen Eigenthums des Vaters zu Gunsten des Sohnes bezw. seiner Erben sprechen.

So erheblich nun jener Unterschied für die ganze rechtliche Stellung des Haussohnes während seines Lebens sich darstellen mag, so geringfügig ist er u. E. für die Frage, ob ein Pendenzverhältnis vorliege. Wir haben es hier eben nicht mit einer Pendenz in dem Sinne zu thun, dass vorläufig keine der beiden Parteien als Eigenthümer zu betrachten ist, dass vielmehr hierüber erst die spätere Gestaltung der Dinge Aufschluss geben wird: eine solche Pendenz besteht erst vom Augenblick des Todes des Haussohnes, wenn er ein Testament errichtet hat, die eingesetzten Erben aber noch wegen des Antrittes deliberieren; hier besteht eine reine Pendenz zwischen diesen Erben und dem

---

l. 21 eod. hinzuweisen sein). Im Uebrigen wird auch Papinian von Fitting zu den Vertretern der neueren Auffassung gezählt (p. c. S. 131, 154, Rückzieh. S. 12 in A. 14).

In voller Klarheit und Bestimmtheit aber tritt uns diese neuere Auffassung entgegen bei Ulpian und Paulus. Die bezüglichen Stellen von Ersterem sind: L. 2 de castr. pec. (Fitting S. 252 A. 4, S. 254 A. 7; zum Ausdruck ‚intestatus': l. 1 pr de Suis et leg. 38, 16, l. 64 de V. S.). L. 9 eod. (Fitting c. p. S. 252, 376; Rückz. S. 11). Ferner l. 44 pr. de leg. I. (Fitting c. p. S. 278, 380). L. 1 § 22 de collat. (37, 6) (Fitting c. p. S. 272 fg.; S. 117 A. 1, S. 139 A. 10, S. 251 A. 3, S. 375, Rückz. S. 12 A. 14). Von Letzterem: L. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2) — interessant ist hier die Zusammenstellung mit der lex Cornelia hinsichtlich der Frage, was die hereditas schafft; vgl. dazu l. 18 pr. cit. (45, 3), l. 2 § 2 fam. erc. 10, 2 —. (Vgl. Fitting c. p. S. 119, 235, 244 fg., 255; über die Bedeutung von ‚jus pristinum' s. Fitting c. p. S. 137 A. 8, 250 fg., 278, 279 A. 11, 283 A. 12; er versteht es im Sinne des ‚früheren Rechtes', nicht im Sinne des jus peculii; in der That heisst es in l. 19 § 3 de castr. pec.: ‚antiquo jure'; in pr. J. quib. non est perm. (2, 12): ‚jure communi'; übrigens schliesst die eine Bedeutung die andere nicht aus. Vgl. l. 54 fam. erc.). Ferner l. 98 § 3 de sol. et liber. (46, 3) — hierüber oben II. S. 44 fg., 218 A. 4 —. Endlich l. 20 i. f. de castr. pec. — davon unten. — Das pr. J. cit. (2, 12) gehört schon der neuesten Rechtsentwickelung an: Fitting c. p. S. 340 fg., 366 fg., 380 fg. —

Vater [1]). Bei Lebzeiten des Sohnes aber handelt es sich um ein Pendenzverhältnis in dem Sinne, dass die Eigenthumsfrage vorläufig zu Gunsten einer der beiden Parteien geregelt ist; u. z. nach der älteren Auffassung de jure zu Gunsten des Vaters, de facto im Ganzen zu Gunsten des Sohnes; nach der neueren Auffassung aber de jure wie de facto zu Gunsten des Sohnes. Diese vorläufige (provisorische) Regelung der Eigenthums- und Verwaltungsfrage hindert aber, wie oben so oft betont wurde [2]), keineswegs die Annahme eines Pendenzverhältnisses; und dass, wenn die späteren römischen Juristen beim Heimfall des Eigenthums an den Vater mit dem Rückziehungsbegriff operieren und damit zum Ausdruck bringen, dass vorerst ein Schwebeverhältnis bestand [3]), es sich also dabei nicht um ein blosses theoretisches Auskunftsmittel handelt, ergibt sich aus dem Folgenden.

Was die rechtlichen Verfügungen betrifft, die der Vater bei Lebzeiten des Sohnes über zum peculium castr. gehörige Sachen (bezw. Sklaven) getroffen hat, so wären dieselben vom Standpunkte des neueren Rechts, sofern es sich um ein dem

---

[1]) Vgl. l. 33 pr. de acquir. r. d. (41, 1): „— modo patri videri delatum, modo heredi . .“

[2]) II. S. 17, 45, 83, 144, 217, 221, 232, 280, 310, 323, 328. Dieser Gesichtspunkt ist auch bei Mühlberg l. c. verkannt: §§ 2, 3.

[3]) Wächter schweb. Eigenth. S. 20 macht dagegen geltend, dass zwar die Ausdrucksweise mancher römischen Juristen an die Annahme schwebenden Eigenthums anklinge, dass aber nirgends von einem pendere des dominium, sondern nur in gewissen Fällen von einer „eigenthümlichen Rückwirkung“ die Rede sei. — Darauf liesse sich vielleicht erwiedern, dass andere Schriftsteller auf den Ausdruck „pendere“ wenig Gewicht legen (s. oben II. S. 311 A. 3); dass ferner eine Rückwirkung doch ein Schwebeverhältnis zur Voraussetzung hat. Entscheidender scheint uns zu sein, dass gerade das, was noch Tryphonin (l. 19 § 5 de castr. pec.) nicht zugeben will, „si in pendenti, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia, ut ex (post) facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus“, — von den späteren römischen Juristen in klaren Worten anerkannt wurde. Richtig bemerkt Fitting noch in seiner Schrift über die Rückziehung S. 13 A. 14 a. E.: „— es handelt sich ja im Grunde nur um eine vorläufige Regelung; die eigentliche rechtliche Natur des Verhältnisses wird immer erst nachträglich offenbar und bestimmt“. Auch eod. S. 15. Ferner Hofmann krit. Studien S. 79.

Vater noch fremdes Vermögen handelt, an sich ungiltig; und selbst nach älterem Rechte würden sie wenigstens einen Eingriff in das dem Sohne zustehende Verwaltungsrecht involvieren. Die Römer aber unterschieden, ob es Verfügungen sind, die sofort in Wirksamkeit treten, oder solche, deren Wirkung erst der Zukunft angehören: erstere, sofern sie dem Sohne ungünstig sind, sollen nicht giltig sein; letztere sind in einem Zustande der Schwebe und offenbaren sich dann als giltig, wenn das pec. castr. dem Vater verbleibt [1]).

Nun ist dieses Prinzip bereits von Maecian klar formuliert [2]), obwohl doch dieser Jurist ein Hauptrepräsentant der älteren Richtung sein soll [3]). Und mag auch solche Convalescenz von Rechtsacten des Vaters sich mit dem älteren Standpunkt leichter vertragen als mit dem des neueren Rechts [4]), einen Schwebezustand hat die Maxime Maecian's jedenfalls zur Voraussetzung; derselbe kann also nicht erst eine Erfindung der späteren römischen Juristen sein, obzwar sie ihn zu klarerer Formulierung bringen; auch nicht ein blosses Auskunftsmittel, sondern im Hinblicke auf die erwähnte Convalescenz der juristische Ausdruck des obwaltenden Rechtsverhältnisses. Unter jenen Rechtsacten des Vaters gibt es nämlich auch solche, welche das Eigenthum des Disponenten schon im Augenblick der Disposition erheischen, wie Vindicationslegate, testamentarische Freilassungen von Sklaven [5]). Sollten also solche vom Vater antecipierte Rechtsacte überhaupt eventuell zur Wirksamkeit gelangen, so war die Annahme eines Schwebeverhältnisses mit Rückziehung die begriffliche Voraussetzung, nicht eine blosse Formel zur Vermittelung des Gedankens, dass für den Vater das alte, nicht das neue Recht gelte. Wie soll das möglich sein, der Vater

---

[1]) S. oben II. S. 47 fg., 218.

[2]) L. 18 § 1 de castr. pec. (zu der oben II. S. 47 A. 3 cit. Lit. s. noch Mühlberg a. a. O. S. 26 fg.).

[3]) Fitting c. p. S. 130.

[4]) Fitting c. p. S. 102 fg., 108 einerseits, S. 137 fg., 143, 178 fg., 264 fg. andrerseits.

[5]) Die Quellen haben grösstentheils solche Fälle im Auge; vgl. l. 9, l. 18, l. 19 §§ 3 fg., l. 20 de castr. pec.; l. 44 pr. de legat. I.

also rückwärts als Eigenthümer erscheinen, wenn nicht das Zwischeneigenthum des Sohnes mit der Eigenschaft der Pendenz behaftet war[1])? Tryphonin betont gerade hier den Satz: „non posse dominium apud duos pro solido fuisse"; seine Entscheidung aber lautet wenigstens für den Fall, dass kein Testament des Sohnes vorhanden ist: „— illa dici possunt, numquid, quoad utatur jure concesso filius in castrensi peculio, eousque jus patris cessaverit; quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia" [2]). Die Herstellung des „jus pristinum" für den Vater ist gegenüber dem jus novum des Sohnes nur auf dem Wege der Rückwirkung möglich, die hier ausgesprochen wird.

Während aber noch Maecian nur solche Rechtsacte der Convalescenz fähig erachtete, welche nicht sofort, sondern erst in der Zukunft ihre Wirksamkeit äussern, lässt Paulus [3]) selbst diese Schranke fallen und spricht sich für die Convalescenz auch von Rechtsacten aus, welche „ad praesens alienationem alicujus juris de castrensi peculio praestant" [4]).

Dass in Betreff der Giltigkeit eines solchen Rechtsactes des Vaters, wenn er in die Zeit der Deliberation der Testamentserben des Sohnes fällt, ein Pendenzverhältnis obwalte, wird

---

[1]) Sonst bliebe nichts übrig als zu sagen: soweit das Interesse des Sohnes reicht, ist dieser Eigenthümer; soweit das nicht der Fall, ist der Vater Eigenthümer. (Vgl. Fitting c. p. S. 133 fg., 137 fg., 142 fg., 264 fg., 325, 376; Wächter a. a. O. S. 20 A. 8, lit. b.) Damit käme man zu einer Analogie von bonitarischem und quiritarischem Eigenthum, von Nutzungs- und Obereigenthum, von natürlichem und rechtlichem Eigenthum etc.

[2]) L. 19 § 3 de castr. pec. (Citate oben S. 351 zu A. 1). Dass Tryphonin (eod. § 5) für den Fall, als die Testamentserben des Sohnes nicht antreten, die Eigenthumspendenz nicht zugeben will (oben S. 352 A. 3), hat bei ihm nur den Grund, dass „medium tempus, quo deliberant instituti heredes, imaginem successioni(s) praestiterit". (Oben II. S. 108 A. 4.

[3]) L. 98 § 3 de solut. et liber. (46, 3). Oben II. S. 44 fg., 218 (zu der S. 46 cit. Lit. s. noch Mühlberg l. c. S. 30 fg.).

[4]) Windscheid a. a. O. S. 255.

sicher nicht geleugnet; entscheidet dieses sich nun zu Gunsten des Vaters, so convalesciert der Rechtsact ja auch wieder nur jure peculii, also nach dem Gesichtspunkt, dass der Vater immer Eigenthümer war.

Gegen die Pendenz des Eigenthums bei Lebzeiten des Sohnes wird insbesondere der Umstand in's Feld geführt, dass der Vater, wenn ihm das castr. Vermögen jure peculii verbleibt, die vom Sohne getroffenen Verfügungen auch für sich gelten lassen müsse, in dieser Beziehung also die Rückwirkung ein inhaltsleerer Bedriff („inane nomen") wäre [1]). Dem gegenüber aber haben wir schon oben [2]) betont, dass solche Verfügungen dann als vom Sohne für den Vater giltig vorgenommen zu betrachten seien, wie bei einem anderen peculium [3]).

Ein für das pecul. castr. gemachter Erwerb [4]) gehört bei Lebzeiten des Sohnes natürlich ebenfalls diesem [5]), geht aber nach dem Tode des letzteren mit dem peculium entweder auf seine Testamentserben oder auf den Vater über. Für den Fall aber, dass solcher Erwerb erst während der Deliberation der Testamentserben des Sohnes gemacht wurde, besteht, wie in Ansehung des Eigenthums vom castr. Vermögen, so in Ansehung jenes Erwerbes ein Zustand der Schwebe: er ist entweder Theil einer hereditas, oder Theil eines Peculiums [6]). Handelt es sich hierbei um einen Erwerb durch einen servus castrensis [7]), so ist die Frage wichtig, nach wessen Persönlichkeit dieser Er-

---

[1]) So insbes. auch Mühlberg l. c. S. 12; dagegen Fitting c. p. S. 334 fg.

[2]) II. S. 221, 281.

[3]) In Betreff des aes alienum des Sohnes (l. 17 pr., l. 18 § 5 de castr. pec.) s. Fitting c. p. S. 134, 247, 253, 259.

[4]) Vgl. Fitting c. p. S. 83 A. 1; s. auch oben I. S. 220.

[5]) S. z. B. l. 15 § 3 de castr. pec.; Fitting c. p. S. 154 fg.; dazu S. 265 fg.

[6]) Vgl. Fitting c. p. S. 289 fg. (266).

[7]) Dies ist der in den Quellen vorzugsweise behandelte Fall: l. 33 pr. de acquir. r. dom. (41, 1), l. 18 pr. de stip. serv. (45, 3), l. 14 §§ 1, 2, l. 15 § 3 de castr. pec.

werb in Bezug auf seine Giltigkeit zu beurtheilen sei: ob nach der des Haussohnes oder nach der des Vaters? Und nach Ulpian, in Uebereinstimmung mit Marcellus und Scaevola, ist diese Frage im einen oder im anderen Sinne zu beantworten, jenachdem die Testamentserben des Sohnes antreten oder nicht [1]). Gegen die mögliche Ansicht, dass diese Behandlung nicht in beiden Fällen eine gleichartige sei, indem dort die Persönlichkeit des bisherigen Vermögenssubjects (des Sohnes), hier die des Successors (des Vaters), als massgebend erklärt werde, — wurde bereits oben [2]) bemerkt, dass auch im zweiten Falle der Vater zufolge der Rückziehung seines Heimfallsrechts (jure peculii) als bisheriges Subject des castr. Vermögens sich darstelle [3]). Daher fügt Ulpian hinzu, dass der einem solchen servus castrensis legierte [4]) ususfructus entweder dem Vater oder dem Erben des Sohnes angefallen sei, „nec a persona in personam creditur transiisse“ [5]).

---

[1]) L. 33 pr. cit. (41, 1). S. bereits oben II. S. 68, 72, 91 A. 1. 96 A. 1, S. 316 fg., 354 A. 1. — In dieser Stelle ist der Fall einer Stipulation und der eines Legates erwähnt. Im letzteren Falle handelt es sich um die testamenti factio passiva; möglicher Weise auch um die capacitas, vgl. l. 19 § 5 de castr. pec., Fitting c. p. S. 316 und A. 7; S. 292; auf S. 299 A. 6 bringt er damit auch l. 14 § 2 i. f. eod. in Verbindung.

[2]) II. S. 68.

[3]) Dies tritt besonders im Falle der l. 9 de castr. pec. hervor: Nach dem Tode des Haussohnes und während der Deliberation seiner Testamentserben stirbt auch der Vater, dann schlagen die Testamentserben des Sohnes die Erbschaft aus. Da fällt das pecul. castr. an die Erben des Vaters. (Fitting c. p. S. 252.) Für einen Erwerb in jener Zwischenzeit ist natürlich die Persönlichkeit des Vaters massgebend, nicht die seiner Erben; ersterer erscheint also ebenso als bisheriges Subject des Vermögens, wie der Haussohn es im Falle seiner Beerbung gewesen wäre. — Man vergleiche auch den Fall des captivus, wenn er aus der Gefangenschaft zurückkehrt: er erscheint gewissermassen als sein eigener Successor; und dieser Fall wird in den Quellen an die Seite gestellt dem des Antrittes eines Erben (l. 25 de stip. serv. 45, 3).

[4]) In diesem Sinne ist der Ausdruck „relictus“ (sc. ususfructus) zu verstehen; daher eben auch der Anfall erst an den Erben des Sohnes; s. oben I. S. 150 fg. II. 198 A. 1 mit Rückverweisung. Fitting c. p. S. 291.

[5]) S. oben I. S. 155 A. 2.

Und analog wird auch der Fall des Diebstahls einer castrensischen Sache in Bezug auf die actio furti beurtheilt [1]).

§ 66. Fortsetzung.

Nach diesen Erörterungen entsteht endlich die Frage, wie das vorliegende Pendenzverhältnis für die Construction der hereditas jacens verwerthet werden soll? Gegen den Einwand, dass bei letzterer eine ganz bestimmte Regelung des Zwischenstadiums vorliege, in welche dann der Erbe nur einzutreten habe, liesse sich immerhin erwiedern, dass auch beim peculium castrense in seiner neueren Gestalt die Eigenthumsfrage zu Gunsten des Haussohnes geregelt sei, dieser Umstand aber nach dem Gesagten das Obwalten eines Pendenzverhältnisses nicht ausschliesse. Daher könnte umgekehrt auch der Einwand, dass die Annahme einer Pendenz bei der hereditas jacens die nachträgliche Alterierung von rechtlichen Wirkungen der Zwischenzeit zur Folge haben müsste, mit dem Hinweise auf das Gegentheil beim peculium castrense beantwortet werden. Wichtiger scheint hingegen folgendes Bedenken zu sein: Beim peculium castrense ist nur in der Schwebe, ob dieses Vermögen dem Vater rückwärts jure peculii gehöre, oder ob es als Vermögen des Sohnes jure hereditatis auf dessen Testamentserben übergehe [2]); im ersteren Falle han-

---

[1]) L. 33 § 1 eod. (41, 1). Ueber die Lesart dieser Stelle: Fitting c. p. S. 294 A. 6 (u. z. gegen Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven S. 53 A. 117). Den Grund des „cessare" gibt Ulpian hier selbst an (s. oben I. S. 137 fg.); der Grund des „non cessare" auf Seiten des Vaters liegt darin, dass dieser ja durch den Sohn ex causa peculiari den Besitz hatte und mit dem Tode des Sohnes auch nicht verlor. (S. oben I. S. 123 fg., 128 fg.) — Ueber das „nam et condictio": oben I. S. 163 A. 3.

[2]) Diese Pendenz kann auch in der Person des Vaters allein vorkommen: wenn er nämlich vom Sohne testamentarisch zum Erben eingesetzt wurde — ein Fall, der in den Quellen wiederholt erwähnt wird: l. 9, l. 17 pr. § 1, l. 20 de castr. pec., l. 17 § 3 de test. mil. (29, 1), l. 90 § 1 de acquir. her. (29, 2), l. 18 pr. i. f. ad leg. Falc. (35, 2), l. 1 § 22 de collat. (37, 6). Tritt der Vater aus dem Testament des Sohnes an, so hat er dessen Vermögen als hereditas (Fitting c. p. S. 247 fg.,

delt es sich um ein gewöhnliches peculium als Theil des väterlichen Vermögens, um ein „Sondergut" desselben [1]), im letzteren Falle um eine hereditas, die ihrer eigenen Natur folgt; wie soll also aus der Pendenz zwischen diesen beiden verschiedenen Gestaltungen ein Schluss auf die rechtliche Natur des einzelnen Gliedes sich ergeben? Darauf aber ist in gleicher Weise, wie oben für den Fall des captivus [2]), zu erwiedern: Die Schlussfolgerung müsste allerdings vom einen Glied des Pendenzverhältnisses auf das andere gemacht werden können; wenn aber beim Eintritt des Vaters jure peculii eine Rückziehung stattfindet, ist es nicht naheliegend, eine solche auch beim Eintritt des Testamentserben des Sohnes jure hereditatis anzunehmen, da es sich doch in beiden Fällen um das gleiche Vermögen handelt? Dazu kommt noch folgende Erwägung. Wenn der Sohn ex testamento beerbt wird, bestand bis zum Antritte des Erben eine hereditas jacens, auf die alle Rechtsacte der Zwischenzeit bezogen werden. Wenn der Sohn ohne Hinterlassung eines Testamentes starb, war dessen Vermögen sofort Eigenthum des Vaters, u. z. rückwärts jure peculii. Wenn aber der Sohn zwar ein Testament errichtet hat, die eingesetzten Erben aber nicht antraten, dann bestand während ihrer Deliberation jedenfalls keine hereditas jacens [3]); bestand aber ein peculium des Vaters, auf welches die Rechtsvorgänge des Zwischenstadiums zu beziehen sind? In der älteren Literatur wurde da manchmal von einem peculium jacens gesprochen [4]) — ein zwar nicht quellenmässiger Begriff, der aber in dem der hereditas jacens für den entgegengesetzten Fall (des Antrittes

134 fg.), im entgegengesetzten Falle als peculium. (Ueber die Folge solcher omissio causae testamenti: Fitting c. p. S. 120 A. 8, 234, 248, 252 A. 4, S. 255, 256 fg.) — Die Pendenz kann ferner bestehen zwischen den Testamentserben des Sohnes und den Erben des Vaters: l. 9 cit.; vgl. aber Mühlberg l. c. p. 49 fg. über das „retro . ."

[1]) L. 9 cit.: „— retro peculium patris bonis accessisse". Vgl. l. 5 § 3 sq. de pecul. (15, 1), Pernice Labeo I. S. 126 fg. (121 fg., 380 fg.). (Auch oben II. S. 98 A. 8.)

[2]) II. S. 319.

[3]) L. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2); l. 18 pr. de stip. serv. (45, 3); l. 14 § 1 de castr. pec.

[4]) Fitting c. p. S. 290 A. 2, S. 298 fg.

der Testamentserben) seine Analogie fände. Die älteren römischen Juristen allerdings müssen daran Anstoss genommen haben, denn sie wollten dem Vater nicht dieselbe Stellung zuerkennen, wie den Testamentserben des Sohnes.

Tryphonin spricht in Betreff des in Rede stehenden Zwischenstadiums von einer imago successioni(s)[1]; und Papinian nimmt nur für die Test.-Erben ein Suspensionsverhältnis an[2], während er für den Vater die Aehnlichkeit mit der hereditas jacens ablehnt[3]. Das würde nun gerade für den Erwerb jure hereditatis zu einer Rückziehung führen! Die neueren röm. Juristen aber sprechen umgekehrt für den Erwerb jure peculii die Rückziehung aus und stellen diesen Erwerb mit jenem vollkommen in Parallele; u. z. sowohl dann, wenn der Sohn kein Testament hinterlassen hat, als auch dann, wenn aus seinem Testamente nicht angetreten wird. Hiefür mochten bestimmend sein die Schwierigkeiten, die sonst gerade im letzteren Falle entstehen, ferner die Analogie des ersteren Falles[4], endlich die Aehnlichkeit mit dem Falle des postliminium[5], wo das Suspensionsverhältnis eben-

---

[1]) L. 19 § 5 de castr. pec.: oben II. S. 356 A. 2, S. 108 A. 4. Fitting l. c. S. 308 fg.

[2]) L. 14 § 1 de castr. pec.: „— quod autem ad scriptos heredes (attinet), in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligitur . . .“. Fitting c. p. S. 295 fg.

[3]) L. 14 § 2 eod.: „— quum si fuisset exemplo hereditatis peculio adquisitum, jus patris hodie non consideraretur“. Fitting a. a. O., bes. A. 4—6.

[4]) Stirbt nämlich der Haussohn ab intestato, so tritt der Vater ja sofort ein, u. z. jure peculii.

[5]) L. 19 § 3 i. f. de castr. pec. (von Tryphonin): s. oben S. 356. Fitting c. p. (cit. oben S. 351 zu A. 1) findet in diesem Vergleich nur ein „Auskunftsmittel“ der neueren röm. Jurisprudenz. In seiner Schrift über die Rückziehung S. 14 hatte er — u. E. mit Recht — bemerkt, dass das Verhältnis des captivus „offenbar bei der Ausbildung der Grundsätze über das pecul. castr. wesentlich eingewirkt“ habe. — Es sei bei dieser Gelegenheit auf einen anderen Vergleich mit dem jus postliminii — allerdings in vulgärem Sinne — aufmerksam gemacht: in l. 6 pr. de divis. rer. (1, 8) heisst es: „— aedificio dilapso quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam“.

falls für beide möglichen Eventualitäten anerkannt ist [1]). Soll nun nach all' dem gerade dann, wenn aus dem Testamente des Sohnes angetreten wird, keine Rückziehung stattfinden, nachdem gerade hier das Zwischenstadium der Deliberation immer als ein Suspensionsverhältnis aufgefasst war [2])? Die Consequenz der Verneinung dieser Frage wäre, dass das gleiche Vermögen im einen Falle eine physische Person zu ihrem Subjecte hätte, im andern Fall auf sich selbst gestellt wäre. Mit Recht aber wurde von einem Schriftsteller betont, dass Erwerbungen der Zwischenzeit hier nicht wie sonst durch eine Persönlichkeitsfiction aufrecht erhalten werden konnten, da es zur Zeit noch ungewiss ist, ob eine hereditas vorliegt oder nicht, also nur die Rückwirkungsfiction angewendet werden konnte [3]). Und wenn das Heimfallsrecht des Vaters als etwas dem jus postliminii Aehnliches hingestellt wird [4]), so wird umgekehrt das Rechtsverhältnis des heimkehrenden captivus mit dem der Erbfolge zusammengestellt [5]); und so tritt wieder letztere in Analogie zum väterlichen Heimfallsrechte [6]).

Wir wissen nun wohl, dass Deductionen aus mehr allgemeinen Gesichtspunkten in unserer Wissenschaft keine Streitfrage aus der Welt zu schaffen vermögen, solange es nicht gelingt, einen directen Quellenbeweis zu erbringen. Wir meinen aber auch, dass es gerade in der vorliegenden Materie nicht an jeder positiven Quellenentscheidung fehle, die zu den bekannten Sätzen über die Rückziehung des Erbschaftserwerbes einen Beitrag zu liefern vermöchte. Es handelt sich hierbei um den Fall, dass dem

---

[1]) Vgl. l. 22 § 3 de capt. (49, 15); l. 9 i. f. de castr. pec.

[2]) Auf die Worte der l. 33 pr. de acq. r. d. (41, 1): „— modo patri videri delatum (usumfructum), modo heredi —" darf man sich allerdings nicht berufen; hier kommen die Grundsätze des dies cedens legati in Betracht (oben II. S. 358 A. 4.).

[3]) Ihering Abhandl. S. 171 fg.

[4]) Beide Verhältnisse können sich auch miteinander verbinden: l. 14 pr. de castr. pec.; l. 39 de test. mil. (29, 1). Fitting c. p. S. 202, 296.

[5]) Oben II. S. 285 A. 2.

[6]) Vgl. oben I. S. 103 zu A. 5, S. 108 zu A. 1.

Vater das castrensische Vermögen seines Sohnes nicht jure peculii verbleibt, sondern dass er es als Testamentserbe des Sohnes erwirbt, — ein Fall, der in den Quellen wiederholt vorgesehen ist[1]). Und da kommen insbesondere zwei Stellen in Betracht, die eine von Paulus, die andere von Ulpian.

1. Die Stelle von Paulus[2]) behandelt den Fall, dass der Hausvater einem castrensischen Sklaven seines Sohnes die Freiheit ertheilte. Dieser Fall ist in den Quellen auch sonst mehrfach berücksichtigt: handle es sich um eine Freilassung unter Lebenden[3]), oder um eine letztwillige Freiheitsertheilung; und sei es, dass im letzteren Falle das castr. Vermögen dem Vater jure peculii verbleibt, oder dass er es als Testamentserbe des Sohnes erhält[4]). Und dieser letzte Fall ist in der Stelle von Paulus vorausgesetzt: der Sohn hat in seinem Testament den Vater zum Erben eingesetzt, letzterer aber hat in seinem eigenen Testament einem Sklaven des Sohnes direct die Freiheit ausgesetzt und wird dann Erbe des Sohnes[5]). Der Jurist wirft nun die Frage auf, ob dieser Fall so zu beurtheilen sei, wie wenn ein Sklave von einem Nichteigenthümer freigelassen wurde und später in's Eigenthum des Manumittenten gelangte — ob also, müssen wir hinzudenken, die Freilassung ungiltig sei[6])? Die Entscheidung lautet:

> „Sed favorabile est, libertatem a patre relictam admittere: et ab initio patris esse eum videri ex hoc, quod postea conti(n)git, ostenditur."

Wäre nun der Vater jure peculii Eigenthümer des Sklaven geworden, dann verstände sich diese Entscheidung vom Stand-

---

[1]) S. oben II. S. 359 A. 2.

[2]) L. 20 de castr. pec. (49, 17). Mühlberg l. c. p. 52 fg.; Fitting c. p. S. 140 fg.; 248; 283 fg.

[3]) L. 17 de manum. (40, 1); l. 19 § 4 de castr. pec. (S. Fitting c. p. S. 179, 268, 310.)

[4]) S. oben II. S. 355 A. 5.

[5]) Vgl. hierüber bereits oben I. S. 249 A. 2, II. S. 228 A. 2.

[6]) S. oben I. S. 245 A. 2.

punkt des neueren röm. Rechts ganz von selbst [1]). In unserem Falle aber ist der Vater als Testamentserbe des Sohnes Eigenthümer des Sklaven geworden („qui ad eum ex testamento filii pertinere coeperit“) [2]). Und wie begründet der Jurist seine Entscheidung für die Giltigkeit der testam. Freilassung? Vorerst allerdings bezeichnet er sie als eine „Begünstigung“ („favorabile est“) [3]); sofort aber gibt er auch eine juristische Begründung dafür, im Sinne der Beseitigung einer Pendenz und der Rückziehung des väterlichen Erwerbes. Dieser Grund wird sonst angewendet auf den Fall, dass dem Vater das castr. Vermögen jure peculii verbleibt [4]); hier aber verwendet ihn der Jurist für den Fall, dass der Vater Testamentserbe des Sohnes wird. Was soll also dieser Grund bedeuten, wenn nicht die Rückziehung des Erbschaftserwerbes?

---

[1]) S. die übrigen Stellen, namentlich auch von Paulus: oben S. 352 Anm. 3.

[2]) Ausgeschlossen also ist der Fall, dass der Vater omissa causa testamenti erworben hat (s. oben S. 359 A. 2 i. f.

[3]) Aeltere Schriftsteller verstanden diese Worte im Sinne des favor libertatis (s. bei Fitting c. p. S. 284 A. 14, S. 285); so auch jetzt J. Pfaff z. L. vom favor libertatis S. 41. Fitting a. a. O. S. 140 übersetzt: „es ist der Begünstigung fähig (oder auch —: es ist die begünstigte Entscheidung), trotzdem die Freilassung für gültig zu erklären — —“. Das wäre an sich wohl auch eine Begünstigung der Freiheit; aber Fitting denkt eher an eine Begünstigung des Vaters (vgl. S. 136: „das dem Gewalthaber günstigere frühere Recht“). Wir möchten darauf hinweisen, dass auch Tryphonin (unmittelbar vorher: l. 19 § 5 de castr. pec.) das gleiche Bedenken, dass nämlich der Vater im Augenblick seiner testamentarischen Verfügung noch nicht Eigenthümer des Sklaven war, geltend macht, aber dann hinzufügt: „Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus.“ (Ueber diesen Theil der Stelle s. Fitting c. p. S. 317 fg.) In l. 14 § 1 de castr. pec. beruft sich Papinian in Betreff einer anderen Frage (Erwerb eines servus castr. unter den gleichen Umständen) auf die „paterna verecundia“. (S. Fitting eod. S. 297.)

[4]) So gerade Paulus in l. 98 § 3 de solut. et liber. (46, 3) — s. oben II. S. 356 A. 3 —; Tryphonin mit der erwähnten Unterscheidung: l. 19 § 3, § 5 de castr. pec.

Eine ganz andere Auffassung jedoch vertritt Fitting. Zwar im Gegensatz zu vielen Schriftstellern, die eine Rückziehung des Eigenthums für den Vater nur dann zugeben, wenn er jure peculii erwirbt, nicht aber dann, wenn er Testamentserbe des Sohnes wird [1]), und im Gegensatz zu Mühlberg, der nicht einmal im ersteren Fall eine Rückziehung zugeben will, geschweige im letzteren Fall [2]), — leugnet Fitting nicht, dass auch im zweiten Falle mit dem Rückwirkungsprinzip operiert werde; aber er findet darin wieder nur ein theoretisches „Auskunftsmittel", während der materielle Entscheidungsgrund nur der sei, dass überall da, wo den Rechten und Interessen des Sohnes kein Abbruch geschieht, zu Gunsten des Vaters immer das jus pristinum zur Anwendung komme. Dies treffe vor allem dann zu, wenn der Sohn nicht testamentarisch beerbt wird, sein Vermögen also dem Vater jure peculii verbleibt; aber auch dann, wenn der Vater selbst Testamentserbe des Sohnes wird: wie im ersteren Falle dem Gewalthaber das Eigenthum auch rückwärts beigelegt werde, analog dem postliminium, so geschehe dies auch im letzteren Fall [3]). Und davon sei, entgegen der ziemlich allgemein herrschenden Ansicht, gerade die Stelle von Paulus ein unmittelbarer und unzweideutiger Beleg, zugleich aber auch ein Beweis, dass der von den römischen Juristen verwendete Gesichtspunkt der Rückziehung nur ein Auskunftsmittel war [4]).

Nun ist aber zu erwägen, dass, wenn der Vater das Vermögen des Sohnes als dessen Testamentserbe erhält, er es sicher als hereditas, nicht als peculium erwirbt, wie gerade Fitting gegen Andere klar nachweist [5]), — während umgekehrt dann, wenn das Vermögen dem Vater jure peculii verbleibt, nicht eine Intestaterbfolge für denselben vorliegt, obzwar eine gewisse äussere Aehnlichkeit damit besteht [6]). Soll also die Rück-

[1]) S. bei Fitting c. p. S. 283 fg., 141, 247 fg.
[2]) A. a. O. p. 10 ffg., bes. p. 52 fg.; dagegen Fitting c. p. S. 289.
[3]) Fitting c. p. S. 136 fg.; 271 fg., 276, 283 fg.
[4]) Fitting c. p. S. 140; 249; 336.
[5]) A. a. O. S. 247 fg.; 118 fg., 244 fg.; 271, 280, 285.
[6]) So Fitting c. p. S. 120 fg., 134, 254 fg.

wirkung des väterlichen Eigenthumserwerbes jure testamenti nicht auf einem anderen Gesichtspunkte beruhen, als die des Erwerbes jure peculii? Bei letzterer behält der Vater das Vermögen „jure pristino, antiquo", bei ersterer erhält er es jure novo (zufolge des „beneficium Principalium Constitutionum"). Fitting sagt allerdings nicht, dass der Vater, wenn er den Sohn ex testamento beerbt, dessen Vermögen als peculium erhalte, sondern nur, dass das für ihn „günstigere frühere Recht (jus pristinum)" zur Anwendung komme, und dass letzteres nicht identisch sei mit jus peculii [1]). Nun unterscheidet auch das vorhadrianische Recht zwischen Erwerb jure hereditatis und jure peculii [2]). Erwirbt also der Vater das Vermögen des Sohnes als hereditas, worin soll sich für ihn das „jus pristinum" äussern, wenn nicht doch wieder in Grundsätzen des Peculienrechts? Insbesondere die zugegebene Rückziehung des väterlichen Erwerbes, wenn sie nicht aus der Natur des Erbschaftserwerbes abgeleitet wird, fände nur mehr in der Annahme eines Peculiums auf Seiten des Vaters eine Erklärung [3]). Dass aber der Vater als Testamentserbe des Sohnes dessen Vermögen nicht als peculium habe, ist sowohl durch die von Fitting angerufenen Stellen [4]), als auch durch sachliche Gründe ausser Zweifel gestellt [5]). Auch müsste sonst die von Paulus in unserer Stelle geltend gemachte Rückziehung des väterlichen Eigenthums am castrensischen Sklaven sich nicht bloss bis zum Tode des Sohnes, sondern bis zum Erwerbe des Sklaven für das peculium castrense zurückerstrecken, und dann könnte man allerdings sagen, diese Rück-

---

[1]) S. bes. S. 136 fg. und Anm. 8. (Oben S. 350 fg.)

[2]) Vgl. bes. Fitting a. a. O. S. 280.

[3]) Fitting c. p. S. 278 sagt denn auch, „dass dem Vater, welcher das castr. pec. als Testamentserbe des Haussohnes erhält, das Eigenthum der castr. Sachen in der nämlichen Weise schon nach rückwärts und von Anfang an zugeschrieben wird, wie wenn ihm bei testamentlosem Versterben des Sohnes das castr. pec. nach Peculienrecht angefallen wäre". Ebenso S. 283 A. 12.

[4]) S. die vorige Seite Anm. 5.

[5]) Eine omissio causae testamenti z. B. (S. oben S. 359 A. 2 i. f., S. 364 A. 2) wäre für den Vater ganz gegenstandslos, wenn er auch im Falle seines Antrittes der Erbschaft nur jure peculii erwerben würde.

ziehung sei für Paulus nur ein theoretisches Auskunftsmittel gewesen, um die Geltung des jus pristinum für den Vater zu begründen. Und dieser Gesichtspunkt führt uns noch zu einer anderen Erwägung.

Soll die Rückziehung, von welcher Paulus spricht, eine Rückziehung des Erbschaftserwerbes sein, so wird man fragen, wozu es dann noch der Berufung auf eine Begünstigung („favorabile est") bedurfte? Auf diese Frage möchten wir Folgendes antworten.

Sollte die vom Vater vor der Beerbung seines Sohnes testamentarisch angeordnete Freilassung des castrensischen Sklaven als eine solche betrachtet werden, die der Vater als Eigenthümer des Sklaven (durch Rückziehung seines späteren Erwerbes) angeordnet hat, so musste er im Augenblicke dieser Anordnung bereits Delat auf die Erbschaft des Sohnes sein, da es ja sonst keine Convalescenz solcher Freilassung gab [1]). Nun ist es in dem von Paulus erörterten Falle zwar nicht ausgeschlossen, dass der Vater seine testamentarische Verfügung erst nach dem Tode des Sohnes, aber vor dem Erbschaftsantritte, getroffen hat; es ist aber ebenso möglich, dass er noch bei Lebzeiten des Sohnes, vor oder nach der Testamentserrichtung des letzteren, die Freilassung des Sklaven testamentarisch verfügte, — also zu einer Zeit, in welche auch die spätere Rückwirkung des Erbschaftsantrittes nicht zurückreicht [2]). Im letzteren Falle würde die Entscheidung auf Giltigkeit der Freilassung sich allerdings als ein „favorabile" darstellen. Andrerseits kam in Betracht, dass diese testam. Freilassung, wie das Testament selbst, erst mit dem Tode des Testators eine wirksame Verfügung wurde, zu welcher Zeit aber der Vater bereits Erbe des Sohnes, also Eigenthümer des Sklaven war; ferner dass die Entwickelung unseres Institutes dahin führte, bei Rechtsacten des Vaters über Gegen-

[1]) S. oben I. S. 245 A. 2.

[2]) Hingegen ist geradezu ausgeschlossen, dass der Vater die Freilassung anordnete, als er bereits Erbe des Sohnes war — ungeachtet der Worte: „quum utique pater testamento suo servo filii libertatem dedisset, qui ad eum ex testamento filii pertinere coeperit" —; denn da hätte es überhaupt keinen Zweifel gegeben.

stände des peculium castrense, sofern sie ihre Wirkung erst in der Zukunft äussern, von dem sonstigen Erfordernisse gegenwärtigen Eigenthums des Vaters abzusehen[1]), ja dass gerade Paulus hierin noch weiter ging[2]).

Eine gewisse Begünstigung übrigens enthält die Anerkennung der Giltigkeit solcher Freilassung auch im ersteren Falle, wenn der Vater bei seiner Anordnung bereits Erbschaftsdelat seines Sohnes war: sofern nämlich die Thatsache, welcher rückwirkende Kraft zukommt (der Erbschaftsantritt) noch nicht eingetreten war[3]) — es müsste denn in der testamentarischen Freilassung selbst eine pro herede gestio gegenüber dem Nachlasse des Sohnes enthalten sein[4]) —. Diese Erwägung drängte sich ja selbst für den Fall auf, dass dem Vater das castr. Vermögen jure peculii verblieb[5]), verlor sich aber hier ganz in dem Gesichtspunkte, dass der Vater immer Eigenthümer war. —

2. Die Stelle von Ulpian[6]) erörtert die Frage, ob ein Emancipierter das peculium castrense seines Haussohnes in den Nachlass seines Vaters — des Grossvaters jenes Haussohnes — zu conferieren habe? Und diese Frage wird einmal für den Fall bejaht, dass dem Vater das castrensische Vermögen seines Sohnes jure peculii verbleibt: „quum — vindicari id patri non sit necesse —; non enim nunc adquiritur, sed non adimitur"; sie wird aber auch bejaht für den Fall, dass der Vater vom Sohne als Testamentserbe eingesetzt wurde und hinter sich einen Substituten hat: „quia non magis nunc quaeritur, quam nunc non alienatur".

---

[1]) S. oben S. 355.

[2]) S. oben S. 356, 364.

[3]) Vgl. l. 20 § 1 de cond. instit. (28, 7): oben I. S. 245 fg.; II. S. 327 fg.; ferner l. 14 de opt. leg. (33, 5).

[4]) S. oben I. S. 244 A. 6, II. S. 224 A. 5, S. 60 A. 2.

[5]) L. 19 § 3, bes. § 5 de castr. pec.

[6]) L. 1 § 22 de coll. (37, 6). Hierüber Fein d. Recht der Collation S. 41 fg. (dazu Pfordten in Richters krit. Jahrb. VIII. S. 872 fg.); Mühlberg de pec. castr. non retrotrah. p. 41 fg.; Fitting castr. pec. S. 272 fg. (141), S. 283 fg. (ältere Literatur); Leist in Glück, B. 37, 38 Th. III. S. 213 fg.

Gegenüber der allgemeinen Ansicht, dass eine Rückziehung nur dann stattfinde, wenn der Vater jure peculii erwirbt [1]), vertritt Fitting mit Recht, insbes. auf Grund der Stelle von Ulpian und der vorigen von Paulus, die Meinung, dass eine Rückziehung auch dann begründet sei, wenn der Vater als Testamentserbe des Sohnes erwirbt [2]). Aber er versteht das wieder in dem Sinne, „dass, so oft das castrense peculium aus irgend einer Ursache dem Vater zukomme, — dann allemal das Verhältniss nicht gleich einem neuen Erwerbe, sondern gleich einer blossen Nichtentziehung behandelt werde", und dass „folglich — das castr. peculium so angesehen (werde), als ob es bei Lebzeiten des Haussohnes nicht gemäss dem neueren Rechte ein juristisch eigenes Vermögen desselben, sondern in Gemässheit jenes ältern Rechtes ein wirkliches peculium gewesen wäre" [3]). Aber das schon uralte Bedenken, dass hiernach dem Vater das Eigenthum am castrensischen Vermögen auch dann, wenn er Testamentserbe des Sohnes wird, schon bei Lebzeiten des letzteren zuzuschreiben wäre, kann wohl auch nach Fitting's Bemerkungen [4]) nicht als behoben angesehen werden. Für das Testieren des Haussohnes bildet doch das Eigenthum desselben eine begriffliche Voraussetzung [5]); dieses Eigenthum ist auch in den Quellen wiederholt anerkannt [6]), und nur dann, wenn der Sohn unbeerbt stirbt, gilt der Vater rückwärts als Eigenthümer. Bekömmt also der Vater das castr. Vermögen als Erbschaft des Sohnes — und daran hält Fitting für den Fall testamentarischer Einsetzung des Vaters auf dieses Vermögen mit

---

[1]) S. oben II. S. 365 A. 1.

[2]) A. a. O. S. 275 fg.

[3]) A. a. O. S. 271—283; ähnlich Leist a. a. O. S. 214 A. 18.

[4]) A. a. O. S. 279 fg.

[5]) S. die Stellen bei Bruns fontes j. r. a. cap. II. zu tab. V. 3; Voigt die XII. Tafeln I. S. 704. — Fitting a. a. O. S. 94 A. 2 meint (gegen Erb), die Römer hätten es nicht unbedingt zu dem Begriff und Wesen des Testamentes gerechnet, eine Verfügung de re sua zu sein, wie das Pupillartestament beweise. Vgl. aber über letzteren Punkt: Windscheid III. § 558 A. 7, 8.

[6]) Stellen bei Fitting a. a. O. S. 150 fg.

vollem Recht fest[1]) —, so muss es Eigenthum des Sohnes gewesen sein[2]); wenn aber dies, wie soll der Vater auch für jene Zeit als Eigenthümer gelten[3])? Oder soll der Sohn nur dann das Eigenthum gehabt haben, wenn er nach seinem Tode von einem extraneus beerbt wird? Gegen diese Folgerung aus l. 18 pr. ad leg. Falc. (35, 2) hat sich Fitting ebenfalls mit Recht ausgesprochen[4]); auch wäre die wiederholt erwähnte Erbeinsetzung des Vaters durch den Sohn beinahe zwecklos, wenn ersterer dennoch nur jure peculii erwerben würde.

Nach all' dem bleibt, wenn die Entwickelung unseres Institutes sich nicht ganz abnorm vollzogen haben soll, kein anderer Ausweg übrig, als den Erwerb des Vaters aus der Erbeinsetzung des Sohnes in allen Beziehungen nach den Grundsätzen des Erbrechts, und nicht nach denen des Peculienrechts zu beurtheilen. In diesem Falle aber ist es nur eine unausweichliche Consequenz, zuzugeben, dass die von Ulpian ausgesprochene Rückziehung des väterlichen Erwerbes eine Rückziehung jure aditionis, nicht jure peculii sei[5]). Dass Ulpian für beide Fälle des väterlichen Erwerbes den Ausdruck „non nunc quaeri (adquiri)" gebraucht, ist

---

[1]) A. a. O. S. 247 fg. Er tritt hier der schon alten Ansicht entgegen, dass der Vater auch als Testamenterbe des Sohnes nur jure peculii erwerbe. Aber seine eigene Meinung (cit. oben S. 369, S. 365) scheint uns eigentlich auf dasselbe hinauszukommen.

[2]) Diesen Schluss zieht Fitting allerdings nur für die Zeit nach Hadrian (a. a. O. S. 177, 190), nicht aber auch für die frühere Zeit (S. 94, 99 fg., 280).

[3]) Vgl. Tryphonin in l. 19 § 3 de castr. pec. (49, 17).

[4]) A. a. O. S. 248; s. aber auch S. 278.

[5]) Damit erledigt sich auch eine Schwierigkeit, die sonst entsteht und von Fitting selbst (a. a. O. S. 288) hervorgehoben wird. Wenn nämlich der Haussohn seinen Vater zum Erben eingesetzt und zugleich eine directe Freilassung oder ein Vindicationslegat angeordnet hat, so scheinen letztere Verfügungen ungiltig zu sein, sofern sie das Eigenthum des Verfügenden im Augenblicke seiner Testamentserrichtung und seines Todes voraussetzen, während das Eigenthum dem Vater rückwärts (jure peculii) zukomme. Fitting entscheidet sich dennoch — wenigstens in Betreff der Freilassung — für die Giltigkeit, weil das Recht dazu dem Sohne durch kaiserliche Verordnung uneingeschränkt ertheilt wurde. Auch wir würden uns selbst dann, wenn der Vater in der That jure pe-

durch den Inhalt seiner Erörterung bedingt, insofern die Collationsverbindlichkeit des Vaters sich nicht auf einen neuen Erwerb desselben erstreckt [1]); es kann also darin ebenso wenig ein Beweis für die wesentlich gleiche Natur des Erwerbes in beiden Fällen erblickt werden [2]), wie darin, dass Paulus in beiden Fällen von Beseitigung einer bisher bestandenen Ungewissheit spricht [3]) [4]).

---

culii erwerben sollte, für die Giltigkeit aussprechen, u. z. wegen der Analogie des Falles, dass der Sohn ab intestato stirbt, sei es, dass er kein Testament errichtet hat, sei es, dass aus demselben nicht angetreten wurde (vgl. l. 19 § 3, § 5 de castr. pec.), — wie das ja dem Wesen eines Pendenzverhältnisses mit vorläufiger Zutheilung des Eigenthums an eine Partei (hier an den Sohn) entspricht (s. oben II. S. 357 fg., 220, 281; vgl. Fitting a. a. O. S. 334). Von unserem Standpunkte aber besteht die ganze Schwierigkeit gar nicht, indem wir nur eine Rückziehung des Erbschaftserwerbes annehmen, diese aber nur bis zum Tode des Sohnes zurückreicht, also dessen Eigenthum bei Lebzeiten unberührt lässt.

[1]) L. 15 C. de coll. (6, 20); Leist a. a. O. S. 215.

[2]) Auch Fein d. Recht der Collation S. 47 versteht jenen Ausdruck für den Fall testamentarischer Einsetzung des Vaters von Rückziehung des Erbschaftserwerbes; ferner Mühlberg l. c. p. 45; dagegen Fitting c. p. S. 277 in A. 9, welcher sich gegen diese Rückbeziehung überhaupt sehr skeptisch verhält; ferner Leist a. a. O. S. 214 A. 18.

[3]) L. 20 de castr. pec. (49, 17) einerseits, l. 98 § 3 de sol. (46, 3) andrerseits.

[4]) Auf die Erklärung der nach Lesart wie Inhalt dunklen Stelle von Ulpian haben schon manche Schriftsteller viele Mühe verwendet und sind dabei zu verschiedenen Resultaten gelangt. Wir können hier nur auf die oben citierten Schriften verweisen, ohne hierüber zu referieren, und müssen uns darauf beschränken, unseren eigenen Standpunkt in Kürze zu begründen. Hierbei glauben wir, dass es vor allem nöthig sei, die überhaupt möglichen Fälle, in welchen die Collationspflicht des Vaters wegen des peculium castrense seines Sohnes in Frage kommen kann, scharf auseinander zu halten, um der Stelle jenen Sinn abzugewinnen, der sich mit derselben nicht nur grammatisch, sondern auch logisch verbinden lässt.

Auszugehen ist von dem Prinzip (vgl. Leist a. a. O. S. 207 fg., Kohler Ges. Abhandl. I. S. 125 fg.), dass der Emancipierte nur jenes Vermögen zu conferieren hat, das er, wenn er Suus geblieben wäre, nur seinem Gewalthaber oder überhaupt nicht erworben hätte, — wozu wieder die begriffliche Voraussetzung ist, dass der Erwerb noch in die Lebenszeit

des früheren Gewalthabers hineinreicht, es sich also nicht um einen erst nach seinem Tode gemachten Erwerb handelt (c. 6, 15 C. de coll. 6, 20; l. 1 § 17, § 19, l. 2 pr. de coll. 37, 6; s. oben II. S. 235 fg., 242 fg.). Hiernach hat der Vater das peculium castrense seines Sohnes in die grossväterliche Erbmasse nur dann zu conferieren, wenn dasselbe ohne seine Emancipation dem Grossvater verblieben wäre; und dies setzt voraus, dass der Sohn schon bei Lebzeiten des Grossvaters gestorben ist.

Was nun Ulpian's Fragment betrifft, so übersetzen wir dasselbe folgendermassen:

1. „Wenn derjenige, welcher conferieren soll, einen Haussohn hat, der im Besitze eines peculium castrense ist, so wird er sicher nicht verhalten werden, dieses peculium zu conferieren.“
2. „Wenn aber der Sohn zur Zeit des Todes dessen, nach welchem die bonorum possessio anzusuchen ist, bereits gestorben war und ein castrense peculium hatte, ist der Vater in diesem Falle collationspflichtig?“
3. „Sofern das peculium dem Vater nicht erst zugesprochen zu werden braucht, wird man sagen müssen, es sei zu conferieren; denn es wird nicht erst jetzt erworben, sondern nur nicht entzogen.“
4. „Ueberdies behaupte ich, dass auch dann, wenn er vom Sohne zum Erben eingesetzt wurde, aber noch nicht angetreten hat und einen Substituten hinter sich hat, conferiert werden müsse: weil das peculium nicht so sehr jetzt erworben, als vielmehr jetzt nicht entäussert wird.“

(Vgl. die Uebersetzung im deutschen Corp. jur. civ.; ferner bei Fein a. a. O. S. 43.)

Ad 1. Unter den Fällen, in welchen der Vater das pec. castr. des Sohnes nicht zu conferieren hat, darf natürlich nicht auch der Fall erwähnt werden, dass der Sohn bei der Emancipation des Vaters in der Gewalt des Grossvaters zurückbehalten wurde (pr., § 7 J. quib. mod. 1, 12; l. 28 de adopt. 1, 7), mag dann der Sohn vor oder nach dem Grossvater gestorben sein. In Betracht kommen nur Fälle, in welchen das p. c. des Sohnes dem Vater verbleibt oder verbleiben kann. Aber auch hier entfällt für ihn die Collationspflicht vor allem dann, wenn der Sohn noch lebt; denn hier ist dessen peculium castr. dem Vater noch ein fremdes Vermögen (l. 98 § 3 de solut. 46, 3; Fitting c. p. S. 273 A. 3, S. 181 A. 6). Auch dann keine Collationsverbindlichkeit, wenn der Sohn das pecul. castr. erst nach dem Tode des Grossvaters erworben hat; denn nach dem Tode des Sohnes ist dasselbe für den Vater ein neuer Erwerb. Wie aber, wenn der Sohn das pec. castr. schon bei Lebzeiten des Grossvaters hatte, aber erst nach dem letzteren gestorben ist? Man möchte geneigt sein, das p. c. der

grossväterlichen Erbschaft zuzusprechen, nach dem Gesichtspunkte, „non esse ab eo (sc. avo) profectum"; und dieser Standpunkt wird auch vertreten. Es kommt aber andrerseits in Betracht, dass der Vater durch den Tod des Grossvaters immer gewaltfrei geworden wäre und den Sohn in seine Gewalt bekommen hätte (ausgenommen letzterer war kriegsgefangen, vgl. l. 1 § 5 de Suis et leg. 38, 16), dass also, wenn ihm das pec. castr. des Sohnes jure peculii verbleibt, er es nicht seiner Emancipation verdankt. Denn bei Lebzeiten des Sohnes gehörte das pec. castr. diesem selbst zu Eigenthum, und mit seinem ab intestato erfolgten Tode verbleibt es seinem Gewalthaber, dieser aber ist der Vater, u. z. nicht mehr bloss in Folge seiner Emancipation. (Leist a. a. O. S. 214 unterscheidet zwischen den vor und nach dem Tode des Grossvaters angeschafften Peculiarstücken.)

Ad 2. Hiernach ist als der von Ulpian gesetzte Fall (s. bereits oben II. S. 243) der zu verstehen, dass der Sohn das peculium castrense schon bei Lebzeiten des Grossvaters hatte und auch vor demselben gestorben ist. Das „jam tunc mortuus erat filius ejus" ist nämlich ebenso, wie anerkanntermassen das „et castrense peculium habuit (nicht habebit)" auf das „quum moritur (oder moreretur, aber nicht morietur) is" zu beziehen, nicht auf das „collaturus est"; d. h.: auf die Zeit des Todes des Grossvaters, nicht auf die Zeit der vorzunehmenden Collation (vgl. hierüber nur Fitting a. a. O. S. 273 A. 4, S. 272 A. 1). Denn im letzteren Falle wäre der Sohn nach dem Grossvater gestorben, und da könnte von Collationspflicht des Vaters nicht die Rede sein, sofern er das peculium castr. des Sohnes nicht mehr seiner Emancipation verdanken würde (s. sub 1). Dass als Subject von „habuit" der Sohn, und nicht der Vater zu denken sei, folgt aus grammatischen Gründen, möchte auch das Gegentheil sachlich nichts ändern. (Vgl. Fitting eod.)

Ad 3. Innerhalb des genannten Falles sind nun zwei Unterfälle möglich: das castrense peculium des Sohnes kann dem Vater entweder jure peculii, oder aber ex testamento filii zukommen. Dass hier sub 3 der erstere Fall vorausgesetzt sei, ergibt sich nicht bloss aus der Begründung „non enim nunc adquiritur, sed non adimitur", sondern insbesondere aus dem Gegensatze zum Falle sub 4. Wie aber ist das „quum vindicari id patri non sit necesse" zu verstehen? (Vgl. Fitting a. a. O. S. 273 fg.) An die hereditatis petitio zu denken ist unmöglich, wenn der Vater nach Peculienrecht erwirbt; die rei vindicatio kann ebenso wenig darunter verstanden werden: einmal weil die Frage, ob der Vater sein Recht klageweise zu verfolgen hat oder nicht, für die Collationspflicht indifferent ist, dann weil es sonst doch eher heissen müsste: vindicare, nicht vindicari. Richtiger also ist die Uebersetzung: „zugesprochen, zuerkannt werden"; wenn aber gesagt wurde: als praecipuum (wie wohl beim Sohne selbst), so müsste es doch heissen: vindicari non possit, nicht „necesse non sit". Gemeint kann vielmehr nur sein, es brauche das castr.

Vermögen dem Vater nicht erst durch einen besonderen Act zugewiesen zu werden (vgl. den Ausdruck „fisco vindicare", l. 8 § 14 de inoff. t. (5, 2), l. 3 § 1 fg. de bonis eor. 48, 21, l. 9 pr., l. 13 pr. de re militari 49, 16); und sofern der Vater einen neuen Erwerb auch ohne die Eigenschaft eines praecipuum nicht zu conferieren hätte, wird hinzugefügt: „non enim nunc adquiritur etc."

Ad 4. Hier ist nun der Fall testamentarischer Erbeinsetzung ausdrücklich hervorgehoben, und zwar, wie Niemand bezweifelt, der Erbeinsetzung des Vaters, nicht eines Dritten. Das „amplius" bedeutet „überdies" (s. Dirksen manuale h. v.; Windscheid III. § 635 A. 7). Das „necdum adierit" ist deswegen vorausgesetzt, damit der Erwerb des Vaters sich scheinbar als ein neuer Erwerb (post mortem avi) darstelle; denn hat der Vater schon vor dem Tode des Grossvaters angetreten, so kann an dessen Collationspflicht noch weniger gezweifelt werden. Allerdings hätte im letzteren Falle der Vater, wenn nicht emancipiert, zum Erbschaftsantritte des jussus seines Grossvaters bedurft, der auch ausbleiben hätte können; aber die Collationsverbindlichkeit ist dennoch nicht zu bezweifeln, da eben mit der Emancipation die Möglichkeit des jussus aufgegeben ward; vgl. auch das oben II. S. 238 fg. Bemerkte; überhaupt kommt es für die Collationspflicht des Emancipierten nicht darauf an, ob er das betreffende Vermögen ohne Emancipation überhaupt hätte erwerben können (s. oben S. 243), bezw. ohne jussus des Gewalthabers erworben hätte. — Das „habeatque substitutum" ist vorausgesetzt, um den Fall auszuschliessen, dass der Vater omissa causa testamenti, also jure peculii erwerbe; denn das wäre wieder der Fall sub 3. (Vgl. Fitting a. a. O. S. 277 fg.)

Dieser von Ulpian mitgetheilte Thatbestand muss nun aber nothwendig dahin ergänzt werden, dass der Vater später die Erbschaft des Sohnes wirklich angetreten habe; denn hätte er sie ausgeschlagen, so fiele sie an den Substituten, und da könnte von einer Collationspflicht des Vaters nicht mehr die Rede sein. Zwar wurde auch das Gegentheil behauptet und damit begründet, dass die Ausschlagung eine Alienation enthalte, welche von der einmal begründeten Collationspflicht nicht mehr befreien könne. Aber (s. dagegen auch Fitting a. a. O. S. 276 A. 9) das scheint uns eine petitio principii zu sein: soll die Collationspflicht des Vaters sich schon mit der Delation an ihn verbinden (etwa im Sinne der l. 10 § 1 i. f. de B. P. contra tab. 37, 4)? Das ist unmöglich, auch würde die Motivierung derselben: „quia non magis nunc quaeritur etc." dazu nicht stimmen. Diese Motivierung aber dahin zu verstehen, dass (wegen der Jacenz der Erbschaft) ebenso wenig jetzt erworben, als jetzt veräussert sei, dies würde doch nur eine bedingte Collationsverbindlichkeit des Vaters ergeben. Die omissio causae testamenti begründet auch nicht für sich die Collationspflicht, sondern befreit nur nicht von derselben, wenn dadurch das castr. Vermögen dem

Vater jure peculii verbleibt (s. oben S. 359 A. 2 i. f.), während es in unserem Falle an den Substituten fallen würde (vgl. l. 1 § 23 de coll.; Mühlberg l. c. p. 46). Die Annahme aber, dass auch der Substitut ausgeschlagen habe, fände in der Stelle schon gar keinen Anhaltspunkt, abgesehen davon, dass dann wieder der Fall sub 3 vorliegen würde.

Nun könnte aber vielleicht Jemand auch unter der Voraussetzung, dass der eingesetzte Vater später angetreten habe, dessen Collationspflicht bezweifeln nach dem Gesichtspunkte, dass er erst nach dem Tode des Grossvaters erworben, also einen neuen Erwerb gemacht habe. Diesen möglichen Zweifel aber will der Jurist mit den Worten ‚quia non magis nunc quaeritur quam nunc non alienatur' abschneiden. Die Ablehnung der Erbschaft wird hier als eine alienatio bezeichnet; das ist sie an sich nicht (l. 28 pr. de V. S., l. 6 § 2 fg. quae in fraudem cr. 42, 8; s. oben I. S. 371), sie könnte es aber wenigstens in subjectiver Beziehung sein, hier zu Gunsten des Substituten (vgl. Unger Syst. II. § 94 A. 11, 12, § 95 A. 15; — in objectiver Beziehung allerdings nicht (vgl. aber Regelsberger Pand. § 123 S. 450), auch nicht bei einem Vertrage mit dem Nachberufenen, da diesem neu deferiert wird; — anders allerdings bei der alten in jure cessio der hereditas legitima nach Gaius II. 35, III. 85).

Ulpian's Begründung ist nun allerdings zum Theile dieselbe, welche er im Falle sub 3 gebraucht; doch vermögen wir nicht daraus abzuleiten, dass der Erwerb des Vaters in allen Fällen, auch ex testamento filii, ‚gleich einer blossen Nichtentziehung behandelt werde' (Fitting a. a. O. S. 276). Es heisst auch nicht, wie im vorigen Falle: ‚non adimitur'. Steht einmal fest, dass der Vater als Testamentserbe des Sohnes nicht jure peculii, sondern jure hereditatis erwerbe, dann kann mit den Worten ‚non magis nunc quaeritur etc.' nur die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes, u. z. bis zum Tode des Sohnes, ausgedrückt sein. ‚Erworben' allerdings wird die Erbschaft erst durch den Antritt (s. oben I. S. 420), aber dieser Erwerb wirkt eben zurück im Sinne der obigen Ausführungen. Damit aber für den Vater als Erben die Collationspflicht begründet werde, ist erfordert, dass jene Rückwirkung auch in die Lebenszeit des Grossvaters hinein reiche; und dazu gehört wieder, dass dem Vater die Erbschaft des Sohnes noch bei Lebzeiten des Grossvaters deferiert wurde, der Sohn also vor dem Grossvater gestorben ist; denn sonst läge für den Vater ungeachtet der Rückwirkung ein Erwerb post mortem avi vor, den er nicht mehr seiner Emancipation verdankt. — So erweist sich denn auch in dieser Frage das Verhältnis des Erbschaftsdelaten dem des captivus und des nasciturus als analog (l. 1 § 17, § 22, l. 2 pr., l. 12 de collat.). Vgl. Kohler a. a. O. S. 132 A. *, S. 133.

Im Verlage der
Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung in Innsbruck
ist erschienen:

Das schwebende Erbrecht
und die
Unmittelbarkeit der Erbenfolge
nach römischem und österreichischem Recht.

Ein Beitrag zur Lehre von der Pendenz der Rechte
von
Dr. Paul Steinlechner.

I. Theil 1893. VII u. 456 S. 8°. M. 9.—

Das Wesen des Juris Communio
und
Juris Quasi-communio.

Eine civilistische Abhandlung
von
Dr. Paul Steinlechner.

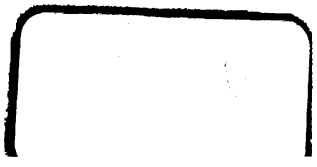
I. Abtheilung:

Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete.

1876. 169 S. 8°. M. 3.60

II. Abtheilung:

Das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen.

1878. 260 S. 8°. M. 5.20

DRUCK DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI.